والقواعد الحاكمة للعقود التجارية ، سواء كان مصدرها الاتفاق أو التشريع أو العرف التجارى أو العادات التجارية ، تغاير فى معظمها القواعد المطبقة على العقود المدنية . وتجد هذه المغايرة تبريراً لها فى عنصرى السرعة والائتمان باعتبارهما الدعامتين الأساسيتين التى لا تقوم الحياة التجارية بدونهما .

ويمكن اجمال هذه القواعد فيما يلى :

أولاً : الحرية فى تكوين العقد .

ثانيًا : السرعة فى تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه .

ثالثا : اليسر فى إثباته .

رابعًا : القسوة فى اقتضاء التنفيذ .

٢- الحرية فى تكوين العقد

٢-أ- رضائية العقود التجارية :

الأصل أن يتم العقد – مدنياً كان أو تجارياً – بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ، (م٨٩ مدنى) . فقد تقتضى حماية المتعاقد المدنى أن يشترط المشرع أشكالاً خاصة للانعقاد ، أو شروطاً خاصة بالنسبة للمتعاقدين أو أحدهما ، أو يضع تنظيماً معيناً يجب على كل من المتعاقدين احترامه .

هذه الأوضاع المعينة ، المفروضة لحماية المتعاقدين ، تنحسر عن ميدان العقود التجارية . فالقاعدة التقليدية أنها حرة من الشكليات ومن القيود .

فهى رضائية ، بمعنى أن القانون لا يتطلب ، كقاعدة عامة ، أن يفرغ المتعاقد رغبته فى شكل معين . كذلك تمتد هذه الحرية إلى صور من

الاتفاقات تتفتق عنها الحاجات التجارية – ولا نجد لها نظيراً في نطاق العقود المسماة – كسائر العقود التى تبرمها البنوك . وكثيراً منها يولد وينمو ويتطور دون أن يعرفه المشرع ، ولا يحكمه إلا ما تعارف عليه التجار من قواعد مناسبة لا تخضع للنظم الموضوعة . لذلك تنتهى أغلب المحاولات الفقهية لتكييف هذه العقود إلى اعتبارها عقوداً ذات طبيعة خاصة .

٢- ب- سهولة إبرامها وتنوع صورها :

ولا يقتصر الأمر على مجرد الرضائية ، بل إن العقد التجارى يتميز بسهولة ابرامه . فهناك طائفة كبيرة من العقود التجارية يكون الايجاب فيها عاماً موجهاً إلى أشخاص غير معينين . هذه هى حالة البضائع التى نراها كل يوم معروضة فى الحوانيت التجارية وعليها بطاقات بأسعارها ، فيلتزم التاجر البائع بايجابه العام ، بحيث ينعقد العقد إذا أبدى أى شخص رغبة فى شراء السلعة المعروضة بالسعر المعروض .

والقاعدة أن السكوت لا يكون قبولاً . إلا أن القبول فى المواد التجارية كثيراً ما يكون بالسكوت ، وذلك عند استمرار حالة التعامل المتصلة بين التجار. فإذا استلم المشترى البضائع ومعها الفاتورة المتضمنة لشروط البيع ، ثم ركن إلى الصمت، فمعنى ذلك أنه قبل . كذلك إذا أرسل المصرف بياناً إلى عميله فلم يعترض عليه خلال أجل معين كان ذلك منه قبولاً . والأمر كذلك أيضاً بالنسبة للمعاملات اليومية بين المخابز ومحلات بيع السلع الغذائية وغيرها وبين الجمهور .

هذه السهولة تنعكس أيضاً فيما يتعلق بتقدير رضاء المتعاقد بالعقد . فمن الصعب أن يقتنع القاضي ببطلان العقد لغلط التاجر فى صفة جوهرية فى الأشياء التى تعوّد بيعها أو التعامل فيها بحيث يبدو احتمال وقوع التاجر فى الغلط ضئيلاً . كما أنه يصعب تعرض التاجر للغبن أو الاستغلال . ومن ثم فلا يجوز له، بسبب الغبن أو الاستغلال ، أن يطلب ابطال العقود التي يبرمها

لشئون تتعلق بأعماله التجارية أو إنقاص الإلتزامات التى تترتب عليه بمقتضاها (م٥٢ تجارى) .

كذلك تتميز العقود التجارية بالتنوع . ذلك أن مقتضيات التجارة لا تكاد تقع تحت حصر . لذلك يندر أن تنشأ عن العقود التجارية الإلتزامات البسيطة المنجزة ، التى نراها فى المعاملات المدنية ، وإنما تكثر الإلتزامات المعلقة على شروط أو المقترنة بآجال . وقد يتعدد محل الإلتزام فيكون بدليًا أو تخييرياً ، وقد يتعدد أطرافه بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام . وعند ذلك تنطبق القواعد العامة على هذه الأوصاف إلى جانب قواعد القانون والعرف التجاريين .

٣- جـ- التعاقد بالمراسلة :

ونرى هذه الحرية ، مرة أخرى ، فى طريقة تكوين العقود التجارية . فنحن نعرف أن العقد – أياً كان نوعه – يتم بايجاب وقبول متطابقين . ولكن أغلب العقود المدنية يتم على نحو واحد : هو أن يجتمع المتعاقدان أو من ينوب عنهما فى مجلس العقد ، فيتناقشان حتى يصلا إلى اتفاق ، ثم يعمدان إلى تحرير العقد والاشهاد عليه واتخاذ ما يتراءى لهما من وسائل الثقة والحماية . فإذا كان المتعاقدان فى مكانين مختلفين ، فالأغلب أن يسعى أحدهما إلى الآخر حتى يطمئن بنفسه .

والأمر غير ذلك فى تكوين العقود التجارية . فالوقت عند التجار له قيمته التجارية المستقلة . وقد يشترى تاجر بضاعة معينة ، ثم يبيعها إلى آخر بعد دقائق معدودات ، فيحقق الربح فى هذه الدقائق دون أن يضطر إلى الانتقال لا إلى مكان البائع ولا إلى مكان المشترى . ولذا نجد أن أغلب العقود التجارية تتم بين غائبين ، إما عن طريق الخطابات أو البرق أو التليفون ، ناهيك عن «الإنترنت» الذى أصبح فى العصر الحالى الطريق العادى لابرام العقود فى ميدان التجارة مما أدى إلى ظهور ما يسمى «التجارة الالكترونية» .

وتثور هنا ، بطبيعة الحال ، مسألة زمان ومكان التعاقد ، وهي مسألة تناولها الفقه المدني بالبحث الطويل . وتمخض هذا البحث عن نظريات أربع : الأولى هي نظرية التعبير عن القبول ، ومقتضاها أن يتم العقد في المكان والزمان اللذين يصدر فيهما التعبير من القابل ، ولو لم يكن قد وصل إلى علم الموجب . والثانية هي نظرية تصدير القبول ، وتشترط لتمام العقد أن يصدر القابل قبوله إلى الموجب بأن يضع خطابه في صندوق البريد . والثالثة هي نظرية تسلم القبول ، وهي تعتد بالوقت والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى الجهة المرسل إليها . وأخيرا نظرية العلم الفعلي ، وهذه لا ترضى إلا بعلم الموجب فعلاً بالقبول ، بأن يكون قد قرأ الخطاب الذي تضمن هذا القبول .

ولا نرى داعياً إلى الاسهاب في شرح هذه النظريات . يكفي أن نعرض الحل الذي أخذ به القانون المدني في هذا الشأن . فقد نصت المادة ٩٧ منه على أنه « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول» . وهل حل ، كما نرى ، يتراوح بين النظريتين الثالثة والرابعة ، إذ يشترط العلم الحقيقي ولكنه يجعل من الوصول قرينة على هذا العلم قابلة لإثبات العكس .

هذه القاعدة لا تكاد تجد أهميتها العملية إلا فيما يتعلق بالعقود التجارية . ومع ذلك فإن المادة ٩٨ مدني تستدرك لتترك المجال حراً للعرف التجاري وإرادة المتعاقدين ، فتنص على أنه « إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب » .

٤ - د - الاستثناءات على حرية العقد التجاري :

هناك استثناءات خاصة على حرية العقد التجاري . فهناك عقود غير رضائية : من ذلك عقد الشركة ، وبيع السفن كلها أو بعضها بيعاً اختيارياً .

ولابد كذلك من عقد كتابى لايجار السفن وللتأمين على السفن والبضائع وللقرض البحرى . وسوف نرى خلال دراستنا لرهن المحل التجارى كيف أحاط المشرع هذا الرهن بكثير من القيود والشكليات .

هذه الاستثناءات الخاصة لا تضعف من قيمة المبدأ العام فى حرية العقد التجارى ، بل هى على العكس تؤكده وتزيده ايضاحًا فى الأذهان . إذ هى تبرز الحكمة من رضائية باقى العقود التجارية وتربط الرضائية والحرية بأسبابها ارتباط وجود وعدم . فإذا وجدت الأسباب توفرت الحرية ، وإذا انعدمت هذه الأسباب ذاتها كانت هذه الاستثناءات .

ذلك أن الرضائية ضرورية للعقود اليومية الكثيرة التى يتكون منها نشاط التاجر اليومى ، والتى يحتاج التاجر فى شأنها إلى السرعة والحرية أكثر من حاجته إلى الحماية . بينما هذه الشكليات قد تلزم لحماية رضائه فى بعض العقود الهامة التى لا يبرمها كل يوم ، والتى يحتاج التاجر فى شأنها إلى ذات الحماية التى يحتاج إليها غير التاجر .

٤- ثانيًا: السرعة فى تحويل الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود

٤- أ- حوالة الحقوق والديون التجارية:

حوالة الحق وحوالة الدين نظمهما القانون المدنى (م٣٠٣ إلى ٣٢٢) . وقد كان القانون المدنى القديم لا يجيز إلا حوالة الحق ، فأضاف القانون الجديد حوالة الدين مستقيًا قواعدها من الشريعة الإسلامية والقوانين الجرمانية. تحويل الحقوق والديون، إذًا ، ممكن على اطلاقها سواء أكانت مدنية أو تجارية، بين تجار أو غير تجار .

لكننا نكرر هنا ما سبق أن قلناه بصدد التعاقد بين الغائبين : وهو أننا بصدد قواعد مدنية لا تكاد تجد تطبيقها العملى فى أغلب الأمر إلا فى نطاق العقود التجارية . فالمعاملات المدنية أميل إلى الجمود والثبات ، بينما تقتضى المعاملات التجارية تداول الحقوق ونقل الالتزامات فى حركة دائبة ، بغية

تحقيق الربح من هذا التداول المستمر . كذلك يعمد التاجر إلى نقل التزامه إلى مدينه فيلقيه عن عاتقه بصفة نهائية . ونحن نعلم أن التجارة تقوم على شبكة ائتمانية محكمة الحلقات . فما من تاجر إلا وله صفتا الدائن والمدين في نفس الوقت ، وبصفة مستمرة . ويجرى نقل الالتزام من عاتق إلى عاتق ، أو نقل الحق من صاحب إلى آخر ، بسرعة وبكثرة فى المعاملات التجارية .

وقد تضيق هذه السرعة بقواعد الحوالة المدنية . فحوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، كما أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (م٣٠٥ مدنى) . أما حوالة الدين ، فهى لا تكون نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها (م٣١٦ مدنى) . وتلك اجراءات تستغرق وقتًا ، وتترك المجال للقلق ، وتعرض المحال له لخطر الاحتجاج عليه بالدفوع الناشئة عن علاقة سابقة لم يكن طرفًا فيها . ومن ذلك يستبين الدور الحيوى الهام الذى تقوم به الأوراق التجارية فى نقل الالتزامات والحقوق النقدية الناشئة عن العقود التجارية . فالالتزام الصرفى يتمتع بخصائص وصفات غريبة كل الغرابة عن القواعد المدنية . إذ ينتقل الحق الذى تتضمنه الورقة بالتظهير إذا كانت إذنية ، وبالتسليم إن كانت لحاملها . ويجد الحامل فى مبدأ استقلال التوقيعات ومبدأ تطهير الدفوع كل ما يبتغيه من حماية واطمئنان .

٥- ثالثا : السهولة فى الإثبات

٥- أ- حرية الإثبات فى المواد التجارية :

القاعدة العامة فى الإثبات فى المواد المدنية أنه إذا زادت قيمة التصرف القانونى على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو إنقضائه . كذلك لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه .

أما فى المواد التجارية، فالأصل أن الإثبات جائز بكل الطرق القانونية. والاستثناء وارد على القاعدة المدنية السابقة بشقيها معاً. فتقبل البينة والقرائن لإثبات العقد التجارى أياً كانت قيمته، وتقبل البينة والقرائن لإثبات ما يخالف ما جاء فى العقد التجارى المكتوب. كما تكون للأوراق العرفية فى المواد التجارية الحجية على الغير فى تاريخها حتى ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (مادة ٦٩ تجارى).

ويكاد يجمع الفقهاء على أن الحكمة فى ذلك هى تكرار العقود التجارية وسرعة تلاحقها بحيث يتعذ على التاجر أن يعد محرراً لإثبات كل عقد يبرمه. ولا جدال فى أن لهذا النظر نصيباً من الصحة. إلا أنه يجب ألا نغفل أن مصدر السهولة فى الإثبات تاريخى. فالقاعدة ترجع إلى أزمان بعيدة، ويفسرها أن العمليات التجارية كانت تعقد قديماً فى الأسواق التى تقام فى مواسم معينة ولأجل محدود. وكان يجتمع فى هذه الأسواق تجار من شتى الجنسيات، يتكلمون لغات مختلفة. فلم يكن من الميسور، والحالة هذه، كتابة العقود.

وقد ساعد على استقرار هذه القاعدة أن الشهادة، كالضمان الشخصى، كان لها قيمتها، وأن عقود الأسواق كان يتم تنفيذها فوراً فلا تتخلف عنها المنازعات.

٥- ب - إلتجاء التجار إلي الكتابة لسهولتها ولما تمنحه من ثقة:

أياً ما كان الأمر، فإننا نلحظ اليوم عوداً إلى لون جديد من الشكلية فى العقود التجارية. شكلية غير مفروضة، وإنما يحرص التجار على مراعاتها من تلقاء أنفسهم دفعاً للشك. إذ لا يخفى خطر الاعتماد على البينة فى الإثبات. فكثيراً ما تكون ذمم الشهود خربة، وكثيراً ما تنمحى من أذهانهم تفاصيل العقود بالنسيان إذا كثرت هذه التفاصيل أو طال عليها الأجل. ولا يمكن أن يترك التاجر عقوده الكثيرة الدقيقة تحت رحمة الشهود. لذلك يحرص، حتى

الإثبات، وإنما تتعلق هذه الدفاتر بتنظيم سير الحرفة التجارية داخلياً شأنها في ذلك شأن التزام التجار بالقيد في السجل التجاري وإشهار النظام المالي لزواج التاجر المتعلق بتنظيم سير الحرفة التجارية خارجياً. لذلك يقرر القانون جزاءً جنائياً على مخالفة أحكام القانون المنظم للدفاتر التجارية (م ٢٩ تجاري).

والهدف الأول من إلزام التاجر بها هو أن تكون هذه الدفاتر مرآة صادقة لحالته يستطيع بالنظر إليها أن يكون على بصيرة من أمره، فيبني مشروعاته التجارية المستقبلة على أساس مطمئن من العلم بإمكانياته الحاضرة. وللدفاتر التجارية قيمتها، إذ توحي بالثقة، فتعتد بها مصلحة الضرائب في تقرير الضريبة بدلاً من أن تلجأ إلى طريقتها التحكمية في التقدير الجزافي الذي يكون عادة مبالغاً فيه. وإذا توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية، فإن إبرازه لدفاتر منتظمة يجعله في أغلب الأمر بمنجاة من عقوبات الإفلاس بالتقصير أو التدليس، ويشفع له في معاملته معاملة المفلس سيئ الحظ، وقد ينتهي الأمر باستفادته من نظام الصلح الواقي.

هذه الدفاتر تحكي لنا، إذاً، عمليات التاجر جميعاً، فلماذا لا نستفيد منها في الإثبات؟ خاصة ونحن في مجال العقود التجارية لا نريد أن نرهق التاجر بصنع أدلة خاصة للإثبات، ولا نريد أن نتركه نهباً للقلق إذا لم تتوفر الأدلة المطمئنة. وليس أصلح من الدفاتر التجارية في حل مثل هذه المشكلة، «إذ هي تجنبهم قيود الإثبات المدنية الثقيلة دون أن تلقي بهم في فوضى حرية الإثبات المطلقة في المواد التجارية».

ولقد نظم القانون طرق الاستفادة من هذه الدفاتر التجارية فيما يتعلق بإثبات الحقوق والديون التجارية. وفي ذلك تنص المادة ٧٠ من قانون التجارة الجديد على أنه «يجوز قبول الدفاتر التجارية للإثبات في الدعاوى المقامة من التجار أو عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية ....». وتجيز المادة ٢٨ من القانون المشار إليه للمحكمة «بناء على طلب الخصم أو من تلقاء

في الحالات التي يتم فيها العقد شفوياً، على تأكيده بالحصول على توقيع الطرف الآخر.

والدليل الكتابي لا يتعارض على الإطلاق مع ما تقتضيه التجارة من سرعة ويسر، بل هو ولا شك أكثر سهولة وأسرع من اجتلاب الشهود.

ذلك أن التجار يطبعون عادة نماذج العقود التي تعودوا إبرامها بعد دراسة الشروط المطلوبة والإلتزامات المقبولة، ويتركون على بياض الخانات الخاصة بالشروط القابلة للتغير وفقاً لظروف كل عقد، بحيث لا يستغرق تحرير العقد أكثر من لحظات. كذلك يرسل التجار لعملائهم فواتير مطبوعة يذكرون فيها نوع البضاعة وثمنها واسم العميل والدين المستحق لهم عليه، فتكون حجة عليهم، فإذا أشر عليها العميل بالقبول أصبحت حجة عليه أيضاً. ويحتفظ التجار بالمراسلات المتبادلة، سواء أكانت في صورة مراسلات بريدية أو برقيات، في ملفات خاصة بكل عميل على حدة، بحيث يسهل مراجعة تاريخ العمليات المبرمة مع هذا العميل ومعرفة حالتها الحاضرة. هذه المراسلات لها بلا شك قيمتها في الإثبات، إذ تنص المادة ٣٩٦ مدني على أنه «تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس».

٥- جـ- الدفاتر التجارية:

وتعتبر الدفاتر التجارية، بغير شك، أهم وأظهر وسائل الإثبات بين التجار. على أن الشئ الذي يجدر بنا أن نلاحظه منذ البداية هو أن الدفاتر التجارية لم تخلق لتكون فقط أداة إثبات، وبالتالي فإن إلزام التجار بمسك دفاتر معينة لا يمكن أن يفسر على أنه خروج أو استثناء على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية. إذ أن هذا الإلزام لا صلة له في حد ذاته بمسألة

فالتاجر، عند تكوين العقد، ليس، إذاً ، فى حاجة إلى قيود تحميه، وإنما هو فى حاجة إلى قواعد سهلة يعرفها بسرعة، ويطبقها وهو آمن من اللبس أو الخطأ.

وعلى العكس من ذلك، يحتاج التاجر إلى حماية من نوع خاص، عن إقتضاء تنفيذ العقد. ولقد استجاب المشرع التجارى لهذه الحماية.

٦- رابعاً : القسوة في إقتضاء التنفيذ :

٦- أ- أهمية الوفاء في الميعاد بغير تقصير:

يندر، فى التعامل بين التجار، أن يتم تنفيذ العقد فور تكوينه، فالتاجر يتعامل غالباً بالأجل. فإذا اشترى تاجر بضاعة ليبيعها، فقلماً يوفى بثمنها فور إنعقاد العقد، وإنما يطلب من البائع أن يمنحه أجلاً معيناً يتمكن من خلاله من تصريف البضاعة والحصول على الثمن. وكذا فى سائر العقود التجارية يمنح الدائن مدينه أجلاً محدداً لتنفيذ التزامه، فتتعلق بذمة التاجر حقوق وديون على آجال محددة متفاوتة. فهو يستوفى اليوم ديناً له على تاجر، ثم يوفى غداً ديناً عليه لتاجر آخر. وبدهى أن التاجر لا يتمكن من الوفاء بالتزاماته فى الميعاد إلا إذا قام مدينه بالسداد فى الميعاد. فللوفاء فى الميعاد، إذاً، أهمية قصوى فى العقود التجارية. وقد يترتب على تقصير أحد المدينين أن يعجز سلسلة من التجار عن الوفاء عند حلول آجال ديونهم مما يؤدى إلى ارتباك التعامل.

هنا، إذاً، تجب حماية التاجر، وذلك بأن يتدخل المشرع التجارى فى صالح الدائن ضد المدين المقصر بالوسائل المناسبة التى تؤدى إلى سرعة التنفيذ. وتتحقق من هذه الحماية مصلحة مباشرة هى أن يحصل التاجر الدائن على حقه من المدين، ومصلحة غير مباشرة هى أن يطمئن التاجر إلى حصوله على حقوقه الناشئة عن العقود التى يقوم بإبرامها، فيتدعم الائتمان التجارى ويتوفر الاطمئنان اللازم للإسراع والسهولة فى تكوين العقود.

ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها...».

ويستفاد من هذين النصين أن الاستدلال بالدفاتر ليس حقاً مؤكداً للخصم، بحيث تلتزم المحكمة بإجابته إليه بمجرد طلبه. وقد أكدت هذا المعنى كل من محكمة النقض الفرنسية ومحكمة النقض المصرية. وهذا برهان آخر على أن الاستدلال بالدفاتر التجارية لا يعد خروجاً على المبدأ العام المتعلق بحرية الإثبات في المواد التجارية.

٥- د- سهولة الإثبات عامل مكمل للحرية في تكوين العقد والسرعة في تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه:

يخلص من كل ذلك أن إثبات العقود التجارية أسهل من إثبات العقود المدنية وأسرع. ومظهر هذه السهولة والسرعة ليس فقط في مجرد كفاية الشهود والقرائن حيث تجب الكتابة، وإنما أيضاًفي الأدلة الكتابية المستمدة من النماذج والفواتير المطبوعة والتي يكفي فيها مجرد التوقيع. وذلك لا يتيسر بطبيعة الحال إلا حيث تتكرر العقود وتتشابه. كذلك في الاستناد إلى الدفاتر التجارية التي يلتزم التجار بإمساكها، ولا ننسى الدور الهام الذي يقوم به العرف التجاري والعادات التجارية في استخلاص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين حتى عند قصور التعبير.

هذا الإثبات السهل عامل مكمل للميزتين اللتين سبق لنا دراستهما: الحرية في تكوين العقد، والسرعة في تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه. ولا بأس أن نكرر هنا أن الجو الخاص للحرفة التجارية هو الذي يقتضي ذلك. ولا شك أن التاجر يعتبر «محترف تعاقد»، إن جاز هذا التعبير. فهو يعرف بالخبرة والتجربة كيف يحمي إرادته من المتعاقد الآخر عند تكوين العقد، وهو يرتضي على أي حال تحمل بعض المخاطرة في عملياته التجارية. والتعاقد إذا اتصل وتكرر بين التجار، وهو أمر لا مفر منه بين من يمارسون نوعاً متشابهاً من النشاط التجاري، فليس من مصلحة أحدهم أن يخدع الآخر.

وسوف نستعرض فيما يلي أهم هذه القواعد الخاصة.

٦-أ-١- الفوائد التأخيرية:

تنص المادة ٢٢٦ مدني على أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

والعرف التجاري مستقر على سريان الفوائد التأخيرية من تاريخ استحقاق الدين. ولقد قنن المشرع هذا العرف بنصه في المادة ٦٤ من قانون التجارة الجديد على أن «يستحق العائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك...».

٦-أ-٢- النفاذ المعجل:

النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الأحكام الصادرة في المواد التجارية سواء أكانت قابلة للمعارضة أو للاستئناف، أم طعن فيها بهاتين الطريقتين، وذلك بشرط تقديم الكفالة. أما في المسائل المدنية، فالقاعدة عدم شمول الأحكام بالنفاذ المعجل إلا في حالات استثنائية. والنفاذ المعجل لا يدع للمدين التاجر مجالاً للمماطلة أو التهرب.

٦-أ-٣- تضامن المدينين:

القاعدة المدنية والقاعدة التجارية على طرفي نقيض: فالأصل في القانون المدني أن التضامن بين المدينين إذا تعددوا لا يفترض وإنما لابد أن يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩). أما في القانون التجاري فالتضامن بين المدينين مفترض، فلابد من الإتفاق أو القانون لنفي التضامن،

ويسرى هذا الحكم فى حالة تعدد الكفلاء فى الدين التجارى (م ٤٧ تجارى). وبذلك يتهيأ للدائن أكبر فرصة ممكنة للحصول على دينه، فإذا أعسر أحد المدينين استطاع أن يحصل على كل الدين من المدين الآخر.

٦-أ-٤- نظرة الميسرة:

تجيز المادتان ٢/١٥٧ و ٢/٣٤٦ مدني للقاضي أن يشفق على المدين المقصر فى تنفيذ التزامه فينظره إلى أجل معقول أو آجال يقوم فيها بالتنفيذ إذا استدعت حالته ذلك، وتجيز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته.

ولكن القانون التجارى لا يرى الرأفة بالمدين التاجر. فتنص المادة ٥٩ على أنه لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجارى مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن. كما تنص المادة ٥٤٧ تجارى صراحة على أنه لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية.

٦-أ-٥- سهولة التنفيذ على الشئ المرهون:

إذا قدم المدين رهناً لضمان دين تجارى فإن المادة ١٢٦ تجارى تجعل التنفيذ على هذا الرهن سهلاً سريعاً. فبدلاً من إلزام الدائن بالحصول على حكم قضائى، كما هو الشأن فى الرهن المدنى، تنص المادة المذكورة على أنه «إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد إنقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضى المختص بالمحكمة التى يقع فى دائرتها موطنه الأمر ببيع الشئ المرهون كله أو بعضه ... (و) يجرى البيع فى الزمان والمكان اللذين عينهما القاضى وبالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضى باتباع طريقة أخرى».

هذا وهناك حالات أخرى يستطيع فيها الدائن التجارى إقتضاء حقه بنفسه دون الإلتجاء إلى القضاء، توخياً للسهولة والسرعة، كما هو الشأن في بيوع البورصة.

٦-أ-٦- الإفلاس:

وأخيراً فإن المادة ٥٥٠ تجارى تقف بالمرصاد لكل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية. وتنص هذه المادة على أن «يعد في حالة إفلاس كل تاجر ... إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية. ولا يترتب على التوقف عن الدفع أثر قبل صدور حكم شهر الإفلاس ما لم ينص القانون على غير ذلك».

فكأن القانون التجارى لا يكتفى بمجرد الشدة في إقتضاء التنفيذ، وإنما هو يستأصل التاجر المقصر من الحياة التجارية، ويضع حداً لنشاطه فيها. مثل هذا التهديد يجعل التاجر أحرص الناس على الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها.

٧- الخلاصة:

ونلخص من هذه الأحكام العامة إلى أن العقد التجارى لا يختلف في طبيعته عن العقد المدنى، وإنما يختلف عنه في ظروف إنعقاده وظروف تنفيذه. وهذه الظروف يحكمها الجو الخاص بالحرفة التجارية، وما يستلزمه من حرية في تكوين العقد، وسهولة في إثباته، وسرعة في إمكان تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقسوة في إقتضاء تنفيذه.

بقى أن نضيف أن هذه الظروف، رغم أنها لا تصل إلى تغيير جوهر العقد، تبرر الدراسة المستقلة لهذه العقود، كما تبرر كذلك التفرقة القائمة بين العقد المدنى والعقد التجارى.

٨- خصوصية القواعد المنطبقة على العقود التجارية:

وقد قدر بعض الفقهاء أن الأحكام الخاصة بالمعاملات التجارية تعتبر

«ميزات» من السهولة والتبسيط وحماية "الائتمان لا داعى أن يختص بها العقد التجارى دون العقد المدنى. ونادى هذا الفريق بتوحيد قواعد القانون التجارى والقانون المدنى تحت اسم القانون الخاص. هذا التوحيد تم بالفعل فى بعض التشريعات، كتشريع الالتزامات السويسرى الصادر عام ١٩١١ وتشريع الالتزامات الإيطالى الصادر سنة ١٩٤٢.

ولا شك أن الخطأ الكامن فى هذا النظر يرجع إلى اعتبار خصائص العقد التجارى مزايا يتمتع بها هذا العقد دون غيره، بينما الأمر يتعلق، فى الواقع، «بمناسبة»، هذه القواعد للجو التجارى الخاص. هذه المناسبة تزول بمجرد الخروج عن هذا الجو. فالسهولة والسرعة من ناحية، والقسوة فى إقتضاء التنفيذ من ناحية أخرى، أمران كلاهما خير فى العقد التجارى، ولكن فيهما ولا شك إضراراً بالمتعاقد المدنى الذى يحتاج إلى روية وتبصر قبل إبرام العقد وإلى الرفق عند تنفيذه. لذلك فقد اضطرت التشريعات التى وحدت قواعد القانون الخاص فى تقنين واحد كالتشريع السويسرى والايطالى إلى التفرقة، داخل هذا التقنين الواحد، بين نظامين مختلفين من القواعد بحيث أصبح التوحيد شكلياً.

والواقع أن الجو الخاص للحرفة التجارية يقتضى، ولا شك، اختلاف القواعد، بل يجب أن يكون هذا الجو الخاص هو مرشدنا فى تفسير ما غمض من هذه القواعد وتكملة ما قد يعتورها من نقص أو قصور. إذ لا بد أن نتوخى مراعاة مقتضيات الحرفة التجارية وحاجاتها فى بناء القواعد القانونية وفى النظر إليها على السواء.

٩ - سهولة تدويل القواعد التجارية وأهمية هذا التدويل:

والجو الخاص للحرفة التجارية يتشابه فى سائر البلدان. فحاجات التجار، ومقتضيات التعامل التجارى، هذه كلها تؤدى إلى الوصول إلى قواعد متقاربة فى التشريعات المختلفة، حتى فى البلاد التى توجد بينها خلافات أساسية فى

النظام القانوني العام. لذلك فإن من أهم مميزات القواعد، التي تنطبق على العقود التجارية، هي سهولة تدويلها. وبالفعل فإن كثيراً من قواعد القانون التجارى تتخذ تدريجياً صفة القواعد الدولية عن طريق الإتفاقات بين الدول على إحلال قاعدة تجارية واحدة محل نظيراتها في الدول الموقعة للإتفاق. ولا يعترض هذا التدويل أي من الصعوبات أو من العقبات الضخمة التي تقف عادة أمام كل محاولة إتفاق دولي على توحيد قانون معين. هذه السهولة ترجع فى الواقع إلى عاملين أساسيين: العامل الأول هو أن الاختلافات المطلوب القضاء عليها غالباً ما تكون فى ذاتها ضئيلة لا تحتمل الجدل الكثير. إذ أن تشابه الجو الخاص للحرفةِ التجارية في مختلف الدول يؤدي، كما سبق أن ذكرنا، إلى تشابه في القواعد التي يستلزمها. والعامل الثاني هو شدة الحاجة إلى تدويل القاعدة التجارية في كثير من الأحيان. إذ لا تقتصر قيمة التوحيد هنا على الغاية النظرية، بل له قيمة عملية كبيرة وذلك عندما يكون للمعاملات التجارية طابع دولي، كما هو الشأن في البيوع البحرية والنقل بأنواعه، والتأمين، وعمليات البنوك. فوجود قاعدة واحدة من شأنه، عندئذ، أن يحقق الكثير من السهولة والسرعة والاطمئنان للمتعاملين. وتلك كلها مزايا نعرف قيمتها بالنسبة للعقود التجارية.

١٠ - خطة البحث:

لن نتناول بالبحث هنا إلا بعض العقود التجارية: فنتكلم أولاً عن عقد البيع التجارى (الباب الأول) ثم عن عقد الوكالة بالعمولة والسمسرة (الباب الثانى)، ثم عقد الرهن التجارى (الباب الثالث)، فعقد النقل (الباب الرابع)، وهي العقود التي نظمها القانون التجارى بنصوص خاصة والتي سميناها من قبل «العقود التجارية على وجه الخصوص».

الباب الأول

عقد البيع التجارى

١١ - تمهيد وتقسيم :

البيع التجارى أهم العقود وأكثرها وقوعاً فى العمل. بل هو، وبحق، أساس المعاملات التجارية وعمودها الفقرى. ولم تغب هذه الحقيقة عن فطنة المشرع، فأفرد للبيع التجارى الفصل الثانى من الباب الثانى من تقنين التجارة الجديد.

ولن نتناول بالدراسة سوى البيوع التجارية البرية الواقعة على منقولات مادية [١]. أما ما عداها فموضعها إما القانون البحرى (البيوع البحرية)، أو القانون المدنى (بيع العقارات)، أو المؤلف الخاص بالأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية (بيع المنقولات المعنوية).

وسنقصر دراستنا على البيع التجارى بالمعنى الذى حدده المشرع فى المادة ٨٨ من القانون الجديد. وهو عقد بيع البضائع الذى يبرمه التجار فيما بينهم لشئون تتعلق بالتجارة وكان البدل فيه، المقابل للمبيع، نقداً أو كان نقداً وعيناً وكانت قيمة الجزء العينى أدنى من الجزء النقدى (م ١/٨٨) [٢].

فنتكلم أولاً عن الأحكام العامة للبيع التجارى، وثانياً عن بعض الأنواع الخاصة لهذا البيع.

---

(١) أما البيع التجارى الدولى فلن نقوم بدراسته إذ لا يخضع للقانون التجارى الجديد، بل لأحكام الإتفاقيات الدولية وكذلك الأعراف السائدة فى مجال التجارة الدولية (م ٨٨ / ٢ تجارى).

(٢) ومن ثم تخرج المقايضة من نطاق البيع التجارى.

الفصل الأول

الأحكام العامة للبيع التجارى

١٢- تطبيق القواعد العامة بجانب بعض الأحكام الخاصة :

يخضع البيع التجارى للقواعد العامة التى أوردها القانون المدنى – فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثانى منه الذى يتناول «العقود المسماة» – سواء من حيث تكوين العقد وتبعة الهلاك وآثار العقد. ومع ذلك فهناك بعض القواعد الخاصة بالبيع التجارى تتعلق، من ناحية، بكيفية تعيين محله، ومن ناحية أخرى بالالتزامات المترتبة عليه. ولقد تضمن قانون التجارة الجديد هذه القواعد التى يتعين إنزال أحكامها على البيع التجارى ما لم يوجد إتفاق بين المتعاقدين على خلافه. وسنقتصر فقط على دراسة هذه القواعد.

المبحث الأول

تعيين محل عقد البيع التجارى

١٣ - ١ - تعيين المبيع:

يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ١/٤١٩ مدنى).

ولكن كثيراً ما يحدث فى مجال المعاملات التجارية أن يبرم العقد ويتفق على ترك تحديد أوصاف المبيع للمشترى. وفى هذه الحالة يجب على المشترى أن يقوم بتحديد شكل المبيع أو حجمه أو غير ذلك من الأوصاف المميزة له فى الميعاد المتفق عليه أو فى الميعاد المناسب، عند عدم وجود إتفاق على ميعاد معين، وإلا كان من حق البائع أن يطلب الفسخ والتعويض

المبحث الثاني
التزامات البائع والمشتري

١٤ - التزامات البائع : ١ - الالتزام بالتسليم:

يرتب البيع التجارى نفس الالتزامات التى يرتبها البيع، بوجه عام، فى القانون المدنى على عاتق كل من البائع والمشترى.

فيلتزم البائع بتسليم الشئ المبيع إلى المشترى. ويكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع (م ٤٣٥ / ١ مدنى). والغالب، فى البيوع التجارية، أن يكون التسليم رمزياً، وليس مادياً، ويكون ذلك بتسليم الصكوك الممثلة للبضاعة إلى المشترى، كمستند نقل البضاعة أو إيصال إيداعها فى مستودع عام أو إعطاء مفاتيح المخازن التى توجد فيها البضاعة المبيعة.

ويراعى فى التسليم أن يرد على البضاعة المتفق عليها بالأصناف والكميات المحددة بالعقد. ومع ذلك لا يعتد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه (م ٩٥ تجارى).

ويجب أن يتم التسليم فى المكان والزمان المبينين فى العقد. فإذا قام البائع، بناء على طلب المشترى، بإرسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه، فإن التسليم يكون قد تم بمجرد إعطاء المبيع إلى من يتولى نقله. وفى هذه الحالة تكون تبعة الهلاك على المشترى وكذلك المصاريف التى يقتضيها هذا التسليم، ما لم يوجد إتفاق أو نص فى القانون على غير ذلك (م ١/٩٤ و ٢ تجارى).

ويجب، فى حالة عدم تحديد ميعاد للتسليم، أن يتم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر. فإذا اتفق على أن

يكون للمشترى تحديد ميعاد التسليم، التزم البائع بالتسليم فى هذا الميعاد مع مراعاة المدة التى تستلزمها طبيعة المبيع لإعداده للتسليم (م ٩٣ تجارى).

١٤ - ٢ - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم:

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم، سواء بتسليم مبيع تقل كميته أو صنفه عما هو متفق عليه أو بعدم القيام بالتسليم في الميعاد المتفق عليه، فللمشترى الخيار بين طلب التنفيذ العينى وبين طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين عما أصابه من ضرر.

لكن المشرع وضع تحت تصرف المشترىَ آليتين يستطيع بهما توقى الفسخ، هما مكنة الاستبدال وإنقاص الثمن.

أ – مكنة الاستبدال: وهى آلية يمكن اللجوء إليها فى حالة تخلف البائع عن التسليم فى الميعاد المحدد فى العقد. وبمقتضاها يكون للمشترى، بعد إخطار البائع بضرورة التنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها وعدم قيام هذا الأخير بالوفاء بالتزامه خلالها، أن يحصل على شئ مماثل للمبيع على حساب البائع ومطالبته بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئ. وإذا كان للمبيع سعر معلوم فى السوق، جاز للمشترى – وإن لم يشتر فعلاً شيئاً مماثلاً للمبيع – أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق فى اليوم المحدد للتسليم (م ٩٦ تجارى).

ب – إنقاص الثمن : وهى آلية تفترض أن الشئ المبيع قد سلم إلى المشترى بالفعل، ولكن تبين أن كميته أو صنفه أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيباً أو غير مطابق للشروط أو العينة التى تم العقد بمقتضاها. والهدف من اللجوء إليها هو توقى فسخ البيع بما يترتب عليه من إرجاع المبيع إلى البائع وبما يستتبعه ذلك من اضطراب سلسلة معاملاته مع الغير.

ولإعمال هذه الآلية، يشترط ألا ينشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة

أو عدم صلاحية المبيع للغرض الذى أعده له المشترى أو صعوبة تصريفه (م ١٠١/ ١ تجارى)، وإلا كان للمشترى التمسك بالفسخ.

ويجب على المشترى أن يخطر البائع بوجود هذه الأمور خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليماً فعلياً، وأن يقيم عليه دعوى إنقاص الثمن فى ظرف ستين يوماً من تاريخ هذا التسليم، وإلا سقط حقه فى إقامتها ما لم يثبت غش البائع.

وفى جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلى (م١٠١/٢ و٣ و٤ تجارى).

لكن ما الحكم فيما لو كانت كمية الشئ المبيع تزيد على المقدار المتفق عليه فى العقد ؟ أجابت على هذا صراحة المادة ١٠٢ تجارى بقولها بضرورة قيام المشترى بتكملة الثمن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اخطاره بوجود الزيادة. فإن رفض ذلك يقضى للبائع باسترداد هذه الزيادة.

ويجب على البائع اقامة دعوى الاسترداد فى ظرف ستين يوماً من تاريخ تسليم المبيع إلى المشترى تسليماً فعلياً، وإلا قضى بعدم قبولها. ويجوز الاتفاق على تعديل المواعيد سالفة الذكر، كما يجوز اعفاء البائع من مراعاتها.

١٥ - التزامات المشتري:

١ – الالتزام بدفع الثمن: يتعين على المشترى أن يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه. فإذا تخلف عن ذلك، جاز للبائع بعد إعذاره بيع البضاعة للغير. فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه، كان من حق البائع مطالبة المشترى بالفرق. وإذا كان للبضاعة سعر معلوم فى السوق، فللبائع – وإن لم يقم بإعادة البيع فعلاً – أن يطالب المشترى بالفرق بين الثمن المتفق عليه فى العقد وسعر البضاعة فى السوق فى اليوم المعين لدفع الثمن (م ٩٨ تجارى).

وللمشترى الذى دفع الثمن كاملاً أن يطلب من البائع إعطاءه قائمة بالبضاعة مذكوراً فيها أن الثمن قد دفع. فإذا قبلها المشترى، صراحة أو

ضمناً، فليس له الاعتراض على ما ورد بها من بيانات. ويعتبر قبولاً ضمنياً عدم اعتراض المشترى على القائمة المذكورة خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمها (م٩٩ تجارى).

٢ – الالتزام بتسلم الشئ المبيع: ويجب على المشترى تسلم المبيع فى الزمان والمكان اللذين عينا لتسلمه. فإذا رفض المشترى التسلم، جاز للبائع، بعد إثبات حالة المبيع، أن يطلب بأمر على عريضة من القاضى المختص الإذن فى بيعه بعد إنقضاء مدة يحددها ويخطر بها المشترى.

ويتم البيع بالكيفية التى يحددها القاضى. وإذا كان الشئ المبيع قابلاً لتلف سريع، فللقاضى أن يأمر بالبيع دون تحديد مهلة أو إخطار. وعلى البائع إيداع حصيلة المبيع خزانة المحكمة حتى يسوى النزاع بينه وبين المشترى إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن بكامله (م ١٠٠ تجارى).

٣– البيع بثمن مفروض: وقد يلتزم المشترى، بمقتضى شرط فى العقد، بالبيع بثمن مفروض يعينه البائع ولا يجوز للمشترى البيع بثمن أقل منه. ويكون ذلك إذا كان المبيع سلعة تحميها علامة تجارية مسجلة تميزها. ولا يلتزم خلفاء المشترى بمراعاة الشرط المشار إليه إلا إذا علموا به أو كان فى مقدورهم العلم به (م١٠٣ / ١ و٢ تجارى).

والقضاء مستقر على صحة هذا الشرط باعتباره يهدف عادة إلى حماية مصلحة المشترط فى المحافظة على مستوى معين لمنتجاته. ولكن يجوز للمحكمة، مع ذلك، أن تقضى ببطلان الشرط المذكور إذا كان المبيع من السلع الضرورية للاستهلاك الشعبى (م١٠٣ / ١ تجارى). والهدف من هذا الحكم هو رعاية مصلحة الطبقات محدودة الدخل.

الفصل الثانى
بعض أنواع البيوع التجارية

١٦ - تحديد:

للبيع التجارى أنواع عديدة لم يتناولها المشرع جميعها بالتنظيم، بل اكتفى ببعض منها لكونها الأكثر انتشاراً فى مصر. فعرض للبيع بالتقسيط فى المواد من ١٠٥ إلى ١٠٧، وللبيع بطريق التصفية أو المزايدة العلنية فى المواد من ١٠٨ إلى ١١٤، ولعقد التوريد فى المواد من ١١٥ إلى ١١٨ من تقنين التجارة الجديد. ولا تنطبق أحكام هذه المواد على البيوع سالفة الذكر إلا إذا كانت تجارية بالنسبة إلى أطرافها أو إلى أحد الأطراف فقط (م ١٠٤ تجارى).

المبحث الأول
البيع بالتقسيط

١٧ - مفهومه ومخاطره:

البيع بالتقسيط هو بيع عادى، لكن أحد عناصره، وهو الثمن، لا يتم دفعه فوراً، بل على أقساط دورية متساوية أو تصاعدية أو تنازلية. وعادة ما تكون هذه الأقساط شهرية أو ربع سنوية أو سنوية. ومزاياه لا تخفى على أحد : إذ فيه تمكين لذوى الدخل المحدود أو المتوسط من إقتناء العديد من السلع المعمرة فى سهولة ويسر بدلاً من إرهاقهم بعبء الثمن الثقيل، الذى لا يتناسب مع دخولهم، فيما لو تم دفعه بصورة فورية. وفيه تمكين، كذلك، للبائعين من زيادة تصريف بضائعهم وتعظيم أرباحهم من الفائدة التى يحصلون عليها مقابل تقسيط الثمن على آجال. لذلك فهو يندرج تحت طائفة البيوع الائتمانية[1].

---

(١) وهناك نوع آخر من البيوع الائتمانية هو البيع بثمن آجل لا يتم دفعه على أقساط دورية، كما فى البيع بالتقسيط، بل مرة واحدة عند حلول الأجل. وهو منتشر بين المنتجين والموزعين، وفى نطاق الموزعين بين تجار الجملة وتجار التجزئة.

وفى مقابل مزايا البيع بالتقسيط، فإن له خطورته التى لا تنكر : فهو، بما يولده من عادة الاستهلاك لدى الجمهور، يؤدى إلى إزدياد مديونية الطبقات محدودة ومتوسطة الدخل، وبالتالى إلى تآكل مدخراتهم. وليس يخاف مدى التأثير السلبى لذلك على الاقتصاد القومى فى مجموعة. كما أنه يعرض البائعين لخطر إعسار أو إفلاس المشترين، خاصة وأن ملكية الشئ المبيع تنتقل إلى المشترى فور إبرام العقد. لذلك فلا تمارسه، فى العمل، سوى مؤسسات البيع الكبرى حيث يعوض حجم مبيعاتها الهائل ما تتعرض له من مخاطر.

ورغبة فى تقليل هذه المخاطر والعمل على مراعاة مصالح طرفى البيع بالتقسيط، وضع المشرع، فى قانون التجارة الجديد، تنظيماً لهذا البيع يحمى فيه مصلحة البائع دون أن يضحى فى نفس الوقت بمصالح جمهور المستهلكين. وانصب هذا التنظيم، بصفة خاصة، على جزاء تخلف الوفاء بالأقساط فى مواعيدها، من ناحية، وعلى ضمانات البائع من ناحية أخرى.

١٨ - جزاء تخلف الوفاء بالأقساط.

يرتب البيع بالتقسيط، على عاتق أطرافه، جميع الالتزامات التى يرتبها عقد البيع العادى. فيلتزم البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه إلى المشترى، ويلتزم المشترى بالوفاء بالثمن وتسلم المبيع.

ولا شك أن الوفاء بالثمن المقسط، فى ميعاد إستحقاق كل قسط، هو أشد ما يحرص عليه البائع. لذلك يتضمن عقد البيع بالتقسيط، غالباً، شروطاً مرهقة بالمشترى يقصد البائع من ورائها الضغط عليه لإجباره على دفع الأقساط فى مواعيدها. ولعل من أحد الشروط الدارجة فى العمل الشرط الذى ينص على أنه إذا تخلف المشترى عن دفع أحد الأقساط، كان للبائع أن يفسخ البيع وأن يحتفظ بالأقساط المدفوعة تعويضاً عن الفسخ. وكذلك الشرط الذى يقضى بحرمان المشترى من الأجل، ويحلول الأقساط المستقبلة، حال امتناعه عن دفع القسط الحال فى ميعاده. ولا جدال فى صحة مثل هذه الشروط بالتطبيق لنص المادة

٤٣٠ مدنى. لكن المشرع التجارى تدخل لتنظيم هذه الشروط بما يمنع عسف البائع بالمشترى، وذلك على النحو التالى:

أ – إذا وفى المشترى عدداً كبيراً من الأقساط، حددها المشرع بخمسة وسبعين فى المائة، وتخلف عند دفع أحد أقساط الثمن، فلا يجوز الحكم بفسخ البيع متى طلبه البائع (م ١٠٥ / ١ تجارى). فمادام التنفيذ العينى ممكناً، فللبائع أن يطلبه وللقاضى أن يمنح المشترى مهلة للوفاء إذا اقتضت حالته ذلك عملاً بالمادة ١٥٧ مدنى.

ب – وفى حالة الحكم بفسخ البيع، يجب على البائع أن يرد الأقساط التى قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى. ويقع باطلاً كل إتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك (م ١٠٥/٢ تجارى). وهذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الشرط الجزائى، باعتبار أن الاحتفاظ بالأقساط المدفوعة، إضافة إلى الفسخ، يعتبر من قبيل الشرط الجزائى الذى يجوز تخفيضه متى كان مبالغاً فيه. ويكون الشرط مبالغاً فيه إذا كان المشترى قد وفى غالبية الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذى لحقه من جراء عدم استيفائه الباقى من الثمن. غير أن هناك اختلافاً كبيراً بين حكم القواعد العامة وهذا الحكم، إذ التخفيض وفقاً للقواعد العامة جوازياً للقاضى بينما هو وجوبى بالتطبيق لنص المادة ١٠٥/٢ تجارى عندما يزيد مجموع الأقساط المدفوعة على أجرة الانتفاع بالشئ المبيع والتعويض عما لحقه من تلف نتيجة استعماله غير العادى.

ج – أما فيما يتعلق بالشرط الذى يقضى بحلول الثمن بأكمله عند عدم الوفاء بأحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه، فإنه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتالين على الأقل (م ١٠٥ / ٣ تجارى).

١٩ - الضمانات المقررة للبائع : ١ - شرط الاحتفاظ بالملكية:

قد يشترط البائع الاحتفاظ بملكية المبيع على سبيل الضمان حتى أداء أقساط الثمن بأكملها. ويسمى هذا الشرط «شرط الاحتفاظ بالملكية» Clause de reservati domini - Pactum reservati domini. وهو شرط صحيح طبقاً لنص المادة ١/٤٣٠ مدني. ولقد نص عليه صراحة المشرع التجاري في الفقرة الأولى من المادة ١٠٦ من قانون التجارة الجديد بقوله «إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشترى هذه الملكية بأداء القسط الأخير. ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه».

ويترتب على هذا الشرط أن تنتقل حيازة المبيع بالتسليم إلى المشترى ولكنه لا يعتبر مالكاً له مادام أن الثمن لم يدفع بتمامه، وإنما تظل الملكية للبائع. ومن ثم يمتنع على دائني المشترى التنفيذ على المبيع لأنه غير مملوك لمدينهم ولا يدخل في الضمان العام المقرر لهم. ولكن يشترط لترتيب هذا الأثر أن يكون الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع (م ٢/١٠٦ تجاري).

وجدير بالملاحظة أن شرط الاحتفاظ بالملكية يتعطل أثره كلية في حالة إفلاس المشترى، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد المبيع، كما يسقط حقه في الإمتياز المقرر للبائع. (م ٦٣٠ تجاري) . وهذا أمر منطقي، إذ في إعمال أثر الشرط إهدار لمبدأ المساواة بين الدائنين. هذا فضلاً عن أن دائني المفلس قد أدخلوا الشئ المبيع في حسابهم عندما تقدموا لمنحه الائتمان، فلا يجوز أن يخيب البائع ظنهم بعد أن أوقعهم بتسليمه المبيع في ائتمان المدين المفلس.

ولا يبقى أمام البائع سوى الدخول بباقي الثمن المستحق له في تفليسة المشترى بوصفه دائناً عادياً.

19 - 2 - حظر التصرف في المبيع قبل الوفاء بكامل أقساط الثمن:

ولحماية البائع من ضياع حقوقه، المتمثلة فى إمتياز البائع والاسترداد فى حالة الفسخ، حظر المشرع على المشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع. ورصد المشرع لمخالفة هذا الحظر جزاءين أحدهما مدنى والآخر جنائي:

أ – أما الجزاء المدنى فيتمثل فى عدم نفاذ التصرف في حق البائع، شريطة أن يثبت هذا الأخير أن المتصرف إليه كان عالماً وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشترى الثمن بأكمله (م ١٠٧ / ١ تجارى) فضلاً عن حق البائع فى مطالبة المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً (م ٢/١٠٧ تجارى). فإن فشل البائع فى هذا الإثبات نفذ التصرف في حقه لكون المتصرف إليه حسن النية، ومن ثم يمكنه الاستفادة من قاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية». ولا يبقى أمام البائع سوى مطالبة المشترى بأداء باقى الأقساط فوراً على ما سلف البيان.

ولا يستقيم هذا الحكم إلا فى حالة عدم وجود شرط الاحتفاظ بالملكية فى عقد البيع. فإذا وجد مثل هذا الشرط، وكان مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على تصرف المشترى فى المبيع إلى الغير فإن التصرف لا ينفذ فى حق البائع دون حاجة إلى تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشترى للثمن بأكمله. ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية يسرى فى مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ فى وقت سابق على إجراء التصرف. بل أكثر من ذلك يعتبر هذا التصرف قابلاً للبطلان لكونه بيعاً صادراً من غير مالك.

ب – أما الجزاء الجنائى فيتمثل فى اعتبار مخالفة الحظر جريمة يعاقب عليها المشترى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية. وتأمر النيابة العامة

٢ – فإن تم الإتفاق على الحد الأدنى وحده، فلطالب التوريد تحديد الكمية التى يحتاجها على أن يخطر بها المورد فى وقت مناسب وإلا تقل عن الحد الأدنى المتفق عليه (م ١١٥ تجارى).

أما الثمن فغالباً ما يتم تحديده على أساس سعر الوحدة. ولكنه قد يعدل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، باعتبار أن التوريد من العقود الزمنية التى يتعرض تنفيذها، لامتدادها فى الزمان، لتقلبات الظروف الاقتصادية. ومع ذلك إذا اتفق على أن السعر لا يتم تعديله بالزيادة أو النقصان إلا عند تغير عناصر معينة، كرسوم الإنتاج أو نفقات الشحن أو الرسوم الجمركية مثلاً، فيتعين احترام هذا الإتفاق وعدم المجادلة فى السعر إلا فى هذه الحالات دون غيرها.

٢٥ - التزامات أطراف عقد التوريد وجزاء الإخلال بها:

يجب على أطراف عقد التوريد تنفيذ الالتزامات الملقاه على عاتقهم. وتسرى فى هذا الشأن القواعد التى سبق ذكرها بصدد البيع التجارى.

فإذا تخلف المورد عن تنفيذ التزامه بشأن أحد التوريدات الدورية، فلا يلتزم طالب التوريد بدفع الثمن المقابل لهذه الفترة. ولا يجوز لأى طرف أن يطلب فسخ العقد إذا تخلف الطرف الآخر عن أداء التزاماته، اللهم إلا إذا كان من شأن هذا التخلف إحداث ضرر جسيم له أو إضعاف الثقة فى مقدرة الطرف المتخلف عن التنفيذ على الاستمرار فى تنفيذ التوريدات اللاحقة بصورة منتظمة (م ١١٧ تجارى).

ومتى تم الفسخ، فلا يكون له أثر رجعى باعتبار أن التوريد عقد زمنى.

٢٦ - شرط القصر:

وكثيراً ما يقترن التوريد بشرط القصر، أى قصر تعامل طالب التوريد على المورد الذى تعاقد معه على التوريد. وقد استقر القضاء على صحة هذا الشرط على أن يكون مؤقتاً فى الزمن، لأن إطلاقه من شأنه أن يؤدى إلى إهدار حرية

أما في حالة البيع بطريق التصفية، أي «الأوكازيون» Occasion، اشترط المشرع أن تتم الصفية خلال أسبوعين على الأكثر (م ١٠٩ / هـ تجاري)، وأن يعلن التاجر عن ثمن السلع المعروضة للبيع في التصفية مقترناً به بيان عن الثمن الفعلي الذي كانت تباع به خلال الشهر السابق على التصفية (م ١٠٨ / ١ تجاري). والحكمة من تطلب هذا الشرط الأخير هي ضمان جدية التصفية.

ويعتبر في حكم التصفية الموسمية كل إجراء من شأنه الإعلان عن بيع السلع بأسعار مخفضة (م ١٠٨ / ٢ تجاري).

هذا ولا يشترط أن يتم البيع بواسطة خبير مثمن وفي صالة للمزايدات، كما هو الشأن في البيع بالمزاد العلني للمنقولات المستعملة.

المبحث الثالث
التوريـــــد

٢٣ - ماهيته ونظامه القانوني:

ومن الصور الخاصة للبيع عقد التوريد. وهو العقد الذي بمقتضاه يتعهد المورد بتوريد سلعة ما على فترات دورية منتظمة. والتوريد، وإن كان من صور البيع العادي، يختلف عنه من حيث كونه عقداً زمنياً بينما البيع العادي عقد فوري.

٢٤ - محل عقد التوريد:

ومحل عقد التوريد، باعتباره أحد صور البيع، هو الشئ المطلوب توريده والثمن. وغالبًا ما يحدد الإتفاق بين الطرفين مواصفات هذا المحل من حيث الكمية والنوع والصنف ... إلخ. ولقد وضع المشرع التجاري عدة موجهات في هذا الشأن تتمثل فيما يلي:

١ - إذا اتفق على الحد الأدنى والأقصى لما يلتزم به المورد، جاز لطالب التوريد تعيين الكمية التي تلزمه بشرط أن يخطر بها المورد في وقت مناسب وأن تقع بين الحدين المذكورين.

التجارة. ولقد تبنى المشرع التجاري هذا الاتجاه، فنص في المادة ١١٨ من قانون التجارة الجديد على أنه «لا يجوز الإتفاق على منع طالب التوريد من التعاقد مع غير المورد على شرا بضائع أو الحصول بمقابل على خدمات مماثلة للبضائع أو الخدمات محل عقد التوريد إلا لمدة لا تجاوز خمس سنوات من تاريخ العقد، وذلك أياً كانت الميزات التي يقررها المورد لطالب التوريد. وكل إتفاق على مدة أطول يخفض إلى خمس سنوات، ولا يجوز تجديد المدة إلا بعد إنتهائها ولمرة واحدة وبإتفاق صريح».

ويتضح من هذا النص أن شرط القصر موقوت بمدة معينة، هي خمس سنوات من تاريخ إبرام العقد بين طالب التوريد والمورد. ويجوز تجديد هذه المدة لمرة واحدة فقط. ويشترط، لكي يقع التجديد صحيحاً، أن يكون بعد إنتهاء المدة الأولى، وأن يكون بإ تفاق صريح. فالامتداد الضمني، المستفاد من استمرار عملية التوريد، لا قيمة له وليس من شأنه منع طالب التوريد من التعامل مع مورد آخر.

٢٧ - مدة عقد التوريد:

ويترك تحديد مدة العقد لاتفاق الطرفين. فإذا اتفق على أجل للتوريد، فالمفروض أنه مشروط لصالح الطرفين بحيث لا يجوز تعديله إلا برضائهما.

أما إذا اتفق على ترك تحديد الأجل لطالب التوريد، فيجب على هذا الأخير إخطار المورد في ميعاد مناسب بالأجل الذي يحدده.

وإذا لم يتفق على أجل التوريد، أي كان العقد غير محدد المدة، فيجوز لأي من الطرفين إنهاء العقد في أي وقت بشرط إخطار الطرف الآخر بذلك في ميعاد مناسب (م ١١٦ تجاري).

الباب الثانى

عقود الوساطة

٢٨ - تقييم وتقسيم :

للوساطة دور هام فى مجال التجارة، إذ قلما يستطيع التاجر، مهما بلغت إمكاناته، القيام بجميع الأعمال التى تتطلبها تجارته : فأعمال التجارة عديدة ومتشعبة ومتنوعة ، وتقتضى الاتصال بالعملاء ، وقد يقيمون فى أماكن بعيدة عن مقر التاجر أو قد يجهل هذا الأخير حقيقة مركزهم المالى . كما أن « تنوع وتعدد العقود التى يضطر التاجر إلى إبرامها تجعل من العسير عليه – إن لم يكن من المستحيل – أن يكتسب شخصياً الخبرة اللازمة فى كل فروع التجارة التى يتصل عمله بها بطريقة أو بأخرى » .

فلا مفر إذاً ، والحالة هذه ، من أن يلجأ التاجر إلى أشخاص آخرين يطلب مساعدتهم للنهوض بأعباء تجارته . هؤلاء الأشخاص هم الوسطاء Les intermédiaires .

وعلاقة التاجر بهؤلاء الوسطاء ليست على نمط واحد ، بل تتخذ صوراً مختلفة : فقد تكون فى صورة عقد عمل ، وفى هذه الحالة تكون العلاقة علاقة تبعية وخضوع . بمعنى أن الوسيط لا يملك سوى تنفيذ تكليفات وأوامر التاجر دون أن يتمتع فى مواجهته بأى قدر من الاستقلال . ومثال ذلك عمال التاجر ومستخدموه . ولا يدخل هؤلاء الوسطاء فى نطاق هذه الدراسة .

وقد تتخذ العلاقة صورة عقد الوكالة ، سواء كانت هذه الوكالة نيابية أو بلا نيابة ، وسواء كان الوكيل مستقلاً فى القيام بمهمته أو غير مستقل . وأمثلة هذه الصورة الممثلون التجاريون ووكلاء العقود والوكلاء بالعمولة .

أما الممثل التجارى Représentant de Commerce ، فهو ، وإن كان يتمتع بقدر من الاستقلال فى مباشرة وساطته ، يظل مع ذلك مرتبطاً على وجه

الاستمرار بالتاجر الذى يوفده إلى العملاء . وهو إما أن يكون مقيماً فى نفس مكان التاجر ، وعندئذ يطلق عليه اسم « الممثل المقيم » Placier ، وإما أن يسعى من مكان إلى آخر فى طلب العملاء ، فيسمى حينئذ « الممثل الجواب » Voyageur . ووكالة الممثل التجارى ، أيًا كانت تسميته ، عن التاجر الذى يمثله وكالة نيابية . فهو لا يعد تاجراً لأنه لا يتحمل أى مخاطر ، بل هو وكيل مأجور يتلقى من موكله جعلاً شهرياً أو سنوياً مقابل خدماته . ومن ثم فإن دراسته تخرج عن نطاق موضوعنا .

وفيما يتعلق بوكلاء العقود Agents de Commerce ، والوكلاء بالعمولة Commissionnaires ، فلا شك في اعتبارهم تجاراً، إذ أنهم يحترفون أعمال الوكالة وإدارة نشاطهم التجارى بشأنها على وجه الاستقلال .

وبجانب هؤلاء الوسطاء ، توجد طائفة أخرى تباشر وساطتها على وجه الاستقلال دون أن ترتبط مع التجار بعقود وكالة . هذه الطائفة هم السماسرة Courtiers الذين يقومون بأعمال مادية تتمثل في التقريب بين وجهتي نظر شخصين يريدان التعاقد . ونظراً لما يتمتعون به من استقلال كامل فى ممارسة نشاطهم وتحملهم لمخاطره فإنهم يكتسبون صفة التاجر ، وتلحق العقود التى تربطهم بعملائهم أحكام القانون التجارى .

وسنقصر دراستنا في هذا الباب على عقدى الوكالة بالعمولة والسمسرة ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول : عقد الوكالة بالعمولة .

الفصل الثانى : عقد السمسرة .

الفصل الأول

عقد الوكالة بالعمولة

٢٩- أهمية الوكالة بالعمولة فى الحياة التجارية :

للوكالة بالعمولة دور فى الحياة التجارية لا تخطؤه العين . فلكونها تقوم على فكرة تمثيل مصالح الموكلين دون التطرق إلى تمثيل إراداتهم ؛ تتعدد فوائدها بالنسبة لذوى الشأن فيها ، وهم الموكل والوكيل بالعمولة والغير .

فهى ، أولاً ، تيسر للموكل إبرام العديد من الصفقات التى تستلزمها تجارته دون أن ينشغل بإجراءاتها ومتاعبها . كما تمكنه ، كذلك ، من التستر إذا ما اقتضت مصلحته اخفاء اسمه أو نوع النشاط التجارى الذى يمارسه إتقاءً للمنافسة من جانب أقرانه . وهى تحقق له ، أيضاً ، الحصول على ما يحتاجه بسعر منخفض وذلك عن طريق عقود الانضمام Contrats d'affiliation إلى المراكز التجارية المتخصصة فى الشراء Centrales d'achat والتى تلعب دور الوسيط بين المنتجين والموزعين . وتقدم له ، أخيراً ، خدمة ائتمانية مفيدة تتمثل فى قيام الوكيل بالعمولة بدفع ثمن البضاعة المكلف ببيعها فوراً عند تسلمها ودون انتظار حصول البيع بالفعل ، أو فى أن يأذن للموكل بسحب كمبيالات عليه بثمنها ، أو فى الوفاء بثمن البضاعة المكلف بشرائها وتسليمها للموكل على أن يستوفى الثمن من هذا الأخير فى وقت لاحق .

وهى ، ثانياً ، توفر للغير المتعاقد جهد البحث عن الموكل لاختبار مدى ملاءته ويساره والتحقق من حدود الوكالة . وبعبارة أخرى يفضل التجار التعامل مع الوكيل بالعمولة لما يتمتع به من ثقة تجارية ومقدرة على تنفيذ العقد بدلاً من الأصيل الذى يجهلون حقيقة مركزه المالى .

وهى ، أخيراً ، وكالة مأجورة ، كقاعدة عامة ، وليست تبرعية ، ومن ثم

فللوكيل فيها مصلحة واضحة لما يحصل عليه من عمولة نظير ما يؤديه من خدمات .

والوكالة بالعمولة عملية قانونية ينشأ عنها علاقات ثلاثية بين ذوى الشأن فيها وهم الموكل والوكيل والغير . وقبل تناول هذه العلاقات بالتفصيل ، ينبغي التعرض بادئ ذى بدء لماهية الوكالة بالعمولة .

وعلى ذلك سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : فى ماهية الوكالة بالعمولة .

المبحث الثانى : فى العلاقات الناشئة عن الوكالة بالعمولة .

المبحث الأول

فى ماهية الوكالة بالعمولة

٣٠- تقسيم :

للوقوف على ماهية الوكالة بالعمولة يتعين التعريف بها (الفرع الأول) ، وتمييزها عما قد يشتبه بها (الفرع الثانى) ثم تبيان خصائصها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

تعريف الوكالة بالعمولة

٣١- وكالة بلا نيابة :

تعرف الفقرة الأولى من المادة ١٦٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الوكالة بالعمولة بأنها « عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل » .

يتضح من هذا التعريف أن جوهر الوكالة بالعمولة قوامه عنصران متلازمان : **العنصر الأول هو انعدام النيابة فى التعاقد** ، بمعنى أن الوكيل

بالعمولة يتعاقد مع الغير أصيلاً فيبرم التصرف باسمه الشخصي، بحيث تنصرف إليه مباشرة الحقوق والإلتزامات الناشئة عنه فيصير الدائن والمدين فيه . والعنصر الثاني هو تمثيل مصالح الموكل ، بمعنى أن الوكيل بالعمولة ، وإن كان أصيلاً في علاقته بالغير ، لا يجرى التصرف لحسابه الخاص بل لحساب موكله الذي كلفه بالتعاقد .

فالوكيل بالعمولة ، وفقاً لجوهر وكالته ، هو إذا - على حد تعبير البعض - « شخص ذو وجهين : فهو يقابل الموكل بوجه وكيل يتلقى منه الأوامر والتعليمات ويقدم الحساب عن وكالته ، ثم يواجه الغير المتعاقد بوجه أصيل يلتزم باسمه ويكتسب الحقوق باسمه . وإذا كان ذلك وضعاً غريباً من أوضاع الوكالة قد لا تستسيغه المعاملات المدنية الواضحة المستقيمة ، فإن له في مجال التجارة فوائد محققة ، على ما سلف البيان .

ولا شك في عظم النتائج المترتبة على انعدام النيابة القانونية في الوكالة بالعمولة ، نظراً للدور الايجابي الذي يقوم به الوكيل بالعمولة والمتمثل ليس فقط في ابرام التصرف مع الغير باسمه الشخصي ، بل وكذلك في قيامه بجميع الأعمال القانونية والمادية اللازمة لاجراء هذا التصرف دون حاجة إلى إذن من الموكل . ولعل أبرز هذه النتائج ما يلي :

أولاً : وجوب توفر أهلية التجارة في الوكيل بالعمولة لأنه يتعاقد مع الغير أصيلاً فتنصرف إليه آثار العقد ، وذلك على خلاف الوكيل العادي الذي لا يشترط فيه كمال الأهلية لانصراف آثار العقد الذي يبرمه مباشرة إلى الموكل.

ثانياً : إن التزام الوكيل بالعمولة مباشرة قبل الغير الذي تعاقد معه ، وقيامه بجميع الأعمال المادية اللازمة لاجراء المعاملة دون حاجة إلى إذن من الموكل ، يجعله معرضاً لكثير من المخاطر مما يستوجب تقرير ضمانات خاصة له من هذه المخاطر . لذلك خوله المشرع حق حبس البضائع المسلمة إليه من الموكل أو التي يتسلمها لحسابه ، وجعل له عليها حق امتياز يمكنه من استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين .

الفرع الثانى

معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والعقود المشابهة

٣٢- العقود التى تشتبه بالوكالة بالعمولة :

هناك عقود يقوم فيها شخص بعمل لحساب شخص آخر كالوكالة العادية والسمسرة مثلاً . فكيف نفرق بين هذه العقود وبين الوكالة بالعمولة .

إجابة هذا السؤال على قدر كبير من الأهمية نظراً لتمتع الوكيل بالعمولة بامتياز خاص لا يتوفر لغيره ممن يقومون بأعمال لحساب الغير . وسنوزع الإجابة عن هذا السؤال إلى مطلبين :

المطلب الأول : الوكالة بالعمولة والوكالة العادية .

المطلب الثانى : الوكالة بالعمولة والسمسرة .

المطلب الأول

الوكالة بالعمولة والوكالة العادية

٣٣- اختلاف الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية :

تختلف الوكالة بالعمولة اختلافاً جذرياً عن الوكالة العادية ، وتتجلى مظاهر هذا الاختلاف فيما يلى :

أولاً : الوكالة بالعمولة عقد تجارى بحت ، يكتسب من يزاولها على سبيل الاحتراف صفة التاجر ، وتخضع لأحكام قانون التجارة . أما الوكالة العادية فهى عقد من اختصاص القانون المدنى ، ولا يكتسب القائم بها صفة التاجر حتى ولو كان يتقاضى أجراً مقابل هذه الوكالة .

ثانياً : الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضات ، لأن الوكيل بالعمولة يأخذ مقابل ما أعطى . ولقد نص على ذلك صراحة قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ عندما قرر فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ بأن « تكون الوكالة

التجارية بأجر ، ويسمى الأجر ، بالعمولة ، Commission ، ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع من أنواع الوكالة . أما الوكالة العادية فهي ، بحسب الأصل ، من عقود التبرع لا يحصل فيها الوكيل على أجر نظير ما قام به لحساب موكله ، ما لم ينص العقد صراحة على خلاف ذلك . وهذا ما نصت عليه ، بعبارات واضحة ، الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ من القانون المدني بقولها «الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل» .

ثالثا : يقرر المشرع للوكيل بالعمولة ضمانات تكفل له الحصول على عمولته . فله ، فضلاً عن حق الحبس ، امتياز خاص يثقل البضائع المسلمة إليه من الموكل أو التي يتسلمها لحسابه بحيث يستوفي حقه من ثمنها بالأولوية عمن سواه من الدائنين . أما الوكيل العادي فلم يرصد له القانون المدني ضمانات خاصة ، بل جعله دائناً عادياً يتزاحم مع غيره من دائني الموكل في قسمة الغرماء .

ونظراً للاختلاف بين هذين النوعين من الوكالة فلا مفر ، والحالة هذه ، من البحث عن معيار للتمييز بينهما ، ومن استطلاع موقف كل من الفقه والقضاء وقانون التجارة الجديد في هذا الشأن .

٢٤- أولاً - موقف الفقه من معيار التمييز بين نوعي الوكالة :

انقسم الفقه ، وهو بصدد الإجابة عن هذا السؤال ، إلى ثلاثة اتجاهات : الأول يتبنى معيار طبيعة العمل المعهود به إلى الوكيل بالعمولة ؛ والثاني يعتد بالكيفية التي يتعاقد بها الوكيل بالعمولة ؛ والثالث يأخذ بطبيعة الأشياء التي يجرى عليها التعامل .

٢٤- ١ - الاتجاه الأول : طبيعة العمل المعهود به إلى الوكيل بالعمولة :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المعيار ، الذي ينبغي التعويل عليه للتفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية ، يكمن في طبيعة العمل الذي يعهد إلى

س٥٣) ؛ وأن « الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير أصيلاً فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات ازاء الغير الذى يتعاقد معه ... » (نقض ٢٨ مارس ١٩٨٣، س٣٤، ص٨٢٥ ؛ ١٨ ابريل ١٩٨٣ ، س٣٤ ، ص٩٩١) .

أما القضاء الفرنسى فقد استقرت أحكامه على الأخذ بمعيار طريقة تعاقد الوكيل لتمييز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية .

٣٦- ثالثاً - المعيار فى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ :

والمطالع لنصوص المواد الخاصة بالوكالة التجارية والوكالة بالعمولة الواردة فى قانون التجارة الجديد قد يستنتج انحياز هذا القانون لمعيار طبيعة العملية المعهود بها إلى الوكيل وطريقة مباشرته لعمله .

فإذا كانت العملية من طبيعة تجارية ، وكان الوكيل محترفاً ، اعتبرت الوكالة وكالة بالعمولة . ويمكن رد هذا الاستنتاج إلى نصوص المواد ٥/د و١٤٨ و١/١٤٩ من القانون المشار إليه .

فالمادة ٥/د تنص على أن « تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف : الوكالة التجارية ... » . أما المادة ١٤٨ فتقرر تطبيق أحكام الوكالة التجارية « إذا كان الوكيل محترفاً إجراء المعاملات التجارية لحساب الغير » . وأخيراً فإن المادة ١/١٤٩ تقضى بأنه « إذا أعطيت الوكالة التجارية مطلقة فلا تنصرف إلا إلى المعاملات التجارية » . فيستخلص من جماع هذه النصوص ضرورة توفر عنصرين متلازمين، لكى توجد الوكالة التجارية ، وهما : أولاً ، أن يكون موضوع الوكالة عملاً تجارياً ؛ وثانياً ، أن يكون الوكيل محترفاً . فإن تخلف أى من هذين العنصرين اعتبرت الوكالة وكالة عادية تخضع لأحكام القانون المدنى .

ولما كانت الوكالة بالعمولة ، حسب تعبير المشرع التجارى نفسه ، إحدى أنواع الوكالة التجارية ، فينبغى لوجودها ، إذاً ، أن يكون محلها عملاً تجارياً وأن يكون القائم بها محترفاً .

وقد يدعم هذا الاستخلاص ما قرره المشرع – فى نهاية الفقرة « د » من المادة الخامسة سالفة الذكر – من أن السمسرة تعتبر عملاً تجارياً أياً كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار . ولما كانت الوكالة التجارية والسمسرة قد جمعتهما نفس الفقرة –أى الفقرة « د » سالفة البيان– وكانت عبارة «أياً كانت طبيعة العمليات» مضافة إلى السمسرة دون الوكالة التجارية ، فإن ذلك يقطع بأن طبيعة العملية موضوع الوكالة هى التى يجب أخذها فى الاعتبار لمعرفة ما إذا كانت الوكالة تجارية من عدمه، وبالتالي ما إذا كانت بالعمولة أم عادية .

وهذا الاستنتاج أو الاستخلاص فى غير محله ، ويتعين تنحيته جانبًا : فالأحكام سالفة الذكر تتعلق بالوكالة التجارية النيابية ، أى التى يقوم فيها الوكيل بالعمل المعهود إليه باسم ولحساب الموكل . وطبيعى أن يكون موضوعها عملاً تجارياً ليتسنى التفرقة بينها وبين الوكالة العادية . أما الوكالة بالعمولة ، وإن كانت نوعاً من أنواع الوكالة التجارية ، فلها أحكامها الخاصة التى أوردها المشرع فى عشر مواد هي المواد من ١٦٦ إلى ١٧٦ من قانون التجارة الجديد . وينبغى إعمال هذه المواد أولاً باعتبارها القواعد الخاصة ، ثم انزال أحكام الوكالة التجارية بعد ذلك – كما قرر المشرع فى نص الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المذكور – بحسبانها الأحكام العامة .

وفى اعتقادنا أنه بالرجوع إلى الأحكام الخاصة بالوكالة بالعمولة يتضح أن المشرع قد انتصر لمعيار الكيفية التى يتعاقد بها الوكيل للتمييز بين الوكالة بالعمولة وبين كل من الوكالة التجارية والوكالة العادية . فتعريفه ، فى الفقرة الأولى من المادة ١٦٦ ، للوكالة بالعمولة بأنها العقد الذى « يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفًا قانونيًا لحساب الموكل » يدل على انحيازه الكامل لمعيار طريقة تعاقد الوكيل. كما أن عبارة « تصرفًا قانونيًا »، الواردة بالتعريف المذكور، قد جاءت عامة ومطلقة دون تخصيصها أو تقييدها بوصف معين – على عكس الحال بالنسبة للوكالة التجارية – مما يقطع بعدم التفات المشرع إلى معيار طبيعة العملية موضوع الوكالة ، وما إذا كانت تجارية أم مدنية .

المعيار ، إذاً ، هو طريقة تعاقد الوكيل المحترف : فإذا تعاقد باسمه الشخصي ولحساب موكله ، فهذه هي الوكالة بالعمولة ، حتى ولو كان العمل موضوع الوكالة من طبيعة مدنية . أما إذا تعاقد باسم ولحساب الموكل وكان العمل المعهود إليه من طبيعة تجارية ، فهذه هي الوكالة التجارية . وفي غير هذين الفرضين تكون الوكالة عادية وتلحقها أحكام القانون المدني .

ولا يقدح في هذا الاعتقاد الادعاء بأن الوكالة بالعمولة ، كما قرر المشرع، نوع من الوكالة التجارية التي لا تخضع لأحكام قانون التجارة إلا إذا كان موضوعها عملاً تجارياً . ومن ثم فإذا كان العمل المعهود به إلى الوكيل مدنياً – حتى ولو كان محترفاً وقام بالعمل باسمه الشخصي – فإن الوكالة لا تعتبر وكالة بالعمولة بل وكالة عادية تخضع لنصوص القانون المدني .

فمثل هذا الادعاء ينبغي عدم الإلتفات إليه : ذلك أن الوكالة غير النيابية التي يكون موضوعها عملاً مدنيًا تتشابه من حيث الصفات والغايات مع الوكالة بلا نيابة التي يكون محلها عملية من طبيعة تجارية ، وهي الوساطة في تداول الثروات واستقلال الوكيل ، في هذا النوع من الوكالة ، في مباشرة نشاطه وتحمله لمخاطره . ومثل هذا التشابه يؤدي ، بالتطبيق لنص المادة السابعة من قانون التجارة الجديد ، إلى إضفاء الصفة التجارية على الوكالة الأولى عن طريق القياس على الوكالة الثانية .

ولا ينفي هذا الاعتقاد ، كذلك ، القول بأن المشرع المدني عند تعريفه للوكالة العادية في المادة ٦٩٩ مدني لا يشترط أن يبرم الوكيل التصرف باسم الموكل ، وبأنه يصرف آثار العقد مباشرة إلى الموكل في حالة التعاقد باسم مستعار بالتطبيق لنص المادة ١٠٦ من القانون المدني . إذ أن المادة ٦٩٩ خاصة بالوكالة النيابية ، والدليل على ذلك أن المشرع ، وهو بصدد تنظيم آثار الوكالة ، قرر في المادة ٧١٣ من القانون المدني تطبيق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل. أما نص المادة ١٠٦ فهو خاص بحالة الاسم المستعار prête-nom حيث ينصرف أثر العقد الذي يبرمه الوكيل باسمه مع الغير مباشرة إلى الموكل مادام

المبحث الثانى

فى العلاقات الناشئة عن الوكالة بالعمولة

٣٩- الوكالة بالعمولة عملية قانونية ثلاثية الأطراف :

ينشأ عن الوكالة بالعمولة علاقات قانونية بين ذوى الشأن فيها ترتكز على الفكرة الجوهرية التى تقوم عليها الوكالة بالعمولة ، وهى انعدام النيابة فى التعاقد مع وجود التمثيل في المصالح : فانعدام النيابة فى التعاقد يؤدى إلى نشوء علاقة مباشرة بين الوكيل بالعمولة وبين الغير الذى يتعاقد معه لحساب موكله (الفرع الثانى) . أما تمثيل المصالح فيترتب عليه نشوء علاقتين : الأولى، علاقة مباشرة بين الموكل والوكيل (الفرع الأول) ؛ والثانية علاقة غير مباشرة، وفى بعض الأحوال علاقة مباشرة ، بين الموكل والغير الذى تعاقد معه الوكيل (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

العلاقة بين الموكل والوكيل بالعمولة

٤٠- علاقة وكالة سافرة :

تجد العلاقة بين الموكل والوكيل مصدرها فى عقد الوكالة بالعمولة المبرم بينهما . وهى علاقة وكالة سافرة تخضع للقواعد الخاصة التى وضعها قانون التجارة الجديد ، وكذلك العرف التجارى ، بجانب الأحكام العامة للوكالة الواردة بالتقنين المدنى. وتتجسد هذه العلاقة فى مجموعة الإلتزامات المتبادلة التى يلقيها عقد الوكالة بالعمولة على عاتق أطرافه ، الوكيل من ناحية ، والموكل من ناحية أخرى (المطلب الأول) ؛ والتى تكفلها مجموعة من الضمانات قررها القانون تأميناً لحقوق كل طرف فى مواجهة الطرف الآخر (المطلب الثانى) .

المطلب الأول

التزامات أطراف عقد الوكالة بالعمولة

٤١- التزامات متقابلة :

يتعاقد الوكيل ، فى تنفيذه لعقد الوكالة بالعمولة ، مع الغير باسمه الشخصى ويظهر بمظهر الأصيل ، لكن علاقته بالموكل هى علاقة وكالة صريحة تضع على عاتق كل طرف التزامات تعتبر فى نفس الوقت حقوقًا للطرف الآخر . وسنتكلم عن التزامات الوكيل (الغصن الأول) ، ثم نتبعها بالتزامات الموكل (الغصن الثانى) .

الغصن الأول

التزامات الوكيل بالعمولة

٤٢- التزامات ثلاثة رئيسية :

يلتزم الوكيل بالعمولة ازاء الموكل بأن يقوم بتنفيذ العمليات القانونية التى يكلف بها ، وأن يحترم تعليماته بشأنها كالوكيل العادى سواء بسواء (أولاً) ؛ يضاف إلى ذلك التزامه بالقيام بالأعمال المادية اللازمة لاجراء تلك العمليات (ثانيًا) ؛ ناهيك عن التزامه ، كأى وكيل ، بتقديم حساب عن وكالته (ثالثًا) ؛ ولا شك فى انعقاد مسئوليته عند تقاعسه عن أو اخلاله بتنفيذ هذه الإلتزامات (رابعًا) .

أولاً : القيام بالعمليات القانونية المكلف بها

٤٣- ١- ابرام العملية بمراعاة تعليمات الموكل :

يجب على الوكيل بالعمولة أن يقوم بابرام التصرف القانونى الذى كلفه به الموكل . وهو يبرم هذا التصرف باسمه الشخصى ولكن لحساب موكله . فإذا وكل ، مثلاً ، فى بيع بضاعة موكله فيتعين عليه تسليم ثمنها له ، وإذا وكل بشراء بضاعة لحساب موكله ، فيجب عليه تسليمها له .

وينبغى على الوكيل بالعمولة احترام تعليمات الموكل بخصوص الصفقة المراد ابرامها . وهذه التعليمات قد تكون آمرة أو بيانية أو اختيارية .

فإذا تلقى الوكيل من موكله أوامر محددة فعليه أن يتبعها بكل دقة ، فهى وكالة آمرة impérative . فلابد أن يشترى ، مثلاً ، من صنف البضاعة المعين الكمية الذى طلب منه الموكل شراءها ، وبالسعر الذى حدده ، أو أن يبيع له الأشياء التى كلفه ببيعها بالثمن المحدد وبالشروط التى اشترطها .

على أنه نادراً ما تتضمن تعليمات الموكل الآمرة كل التفصيلات ، وإلا انتفت حاجته إلى وكيل بالعمولة ، واستعاض عنه بوكيل عادى يأتمر بأوامره دون حاجة إلى تصرف أو خبرة .

لكن الأغلب أن تكون التعليمات بيانية ارشادية indicative يحدد فيها الموكل رغباته وأهدافه للوكيل ، ويترك له قدر كاف من الحرية يسعى في نطاقه إلى تحقيق هذه الرغبات والأهداف . وعندئذ فمن واجب الوكيل أن يبذل جهده فى إتباع هذه التعليمات الارشادية والعمل بمقتضاها ، وإنما له مخالفتها إذا اقتضت الظروف ذلك .

وقد لا يصدر الموكل تعليمات خاصة ، فتكون الوكالة اختيارية facultative . فيعهد إلى الوكيل بالبيع مثلاً أو الشراء ويترك له الحرية التامة لعقد الصفقة كما تتطلبه ظروف الحال . وفى هذه الحالة يجب على الوكيل أن يتصرف بما هو أنسب لمصلحة موكله وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية وعادات السوق والعرف التجارى .

وقد يحدث أن يخالف الوكيل بالعمولة تعليمات الموكل ، فيقر الموكل هذه المخالفة ويرضى ، عندئذ لا جدال فى أن هذا الاقرار يعفى الوكيل من المسئولية عن هذه المخالفة . ولا صعوبة إذا كان الاقرار صريحاً ، ولكن الأمر يختلف فى حالة الاقرار الضمنى الذى يجد القضاء صعوبة فى استخلاصه . وهذا الاقرار الضمنى يستفاد عادة من سكوت الموكل بعد تسلمه إخطار الوكيل

بتنفيذ العملية إذا كانت الظروف الملابسة توحي بأن السكوت علامة الرضا .

وتقدير ذلك كله لقاضي الموضوع .

ولقد وضع المشرع ، في هذا الصدد ، مجموعة من الحلول تتحصل في الآتي :

أ- إذا باع الوكيل بالعمولة بأقل من الثمن الذى حدده الموكل ، أو اشترى بأعلى منه ، فللموكل ، إذا أراد أن يرفض الصفقة ، أن يخطر الوكيل بذلك في أقرب وقت من تاريخ علمه بها وإلا اعتبر قابلاً للثمن . ومع ذلك لا يجوز له رفضها إذا قبل الوكيل بالعمولة تحمل فرق الثمن (مادة ١٦٧ تجارى) . والفقه والقضاء يأخذان بهذا الحل ، إذ لا يوجد في هذه الحالة أى مبرر لفسخ العقد وتركه على عاتق الوكيل .

ب- إذا منح الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع المشترى أجلاً للوفاء بالثمن أو قسطه عليه بالمخالفة لتعليمات الموكل التى تلزمه بالبيع بثمن معجل ، فللموكل أن يطالب الوكيل بأداء الثمن بأكمله فوراً ، ولكنه لا يأخذ الفرق إذا باع الوكيل بثمن أعلى (مادة ١٧٠ تجارى) . وليس له أن يطالب بفسخ العقد مادام الوكيل قد قبل دفع الثمن الفورى الذى حدده .

جـ- إذا باع الوكيل بالعمولة بثمن معجل ، مخالفاً تعليمات الموكل بالبيع بثمن مؤجل ، التزم الوكيل بالعمولة بأداء الثمن المؤجل . ولا يجوز للموكل مطالبته به إلا عند حلول الأجل الذى عينه (مادة ١٧١ تجارى) .

د- إذا تعاقد الوكيل بالعمولة المكلف بالشراء على بضاعة مخالفة للنوع أو الصنف الذى طلبه الموكل ، فلا يلزم هذا الأخير بقبولها (مادة ١/١٦٨ تجارى) وله أن يترك الصفقة للوكيل laisser pour compte . أما إذا تعاقد على بضاعة مطابقة لتعليمات الموكل ولكن بكمية أكبر ، فلا يلزم الموكل إلا بقبول الكمية التى طلبها . فإذا كانت الكمية المشتراة أقل ، فيكون للموكل الخيار بين قبولها أو رفضها (مادة ٢/١٦٨ تجارى) .

٤٣-٢- تقديم المعلومات اللازمة للموكل :

ويلتزم الوكيل بأن يحيط الموكل علماً بالصفقات التي يبرمها لحسابه (م١٥٨/١ تجاري) ، وأن يقدم له المعلومات النافعة عن الصفقة المكلف بابرامها . إذ الوكيل أعلم من موكله بها وأكثر خبرة في أغلب الحالات . وقد يصدر إليه الموكل تعليمات ضارة جهلاً منه بحالة السوق. عندئذ يتعين على الوكيل أن يحيطه علماً بكل ما يمكن أن يفيده العلم به : فيحذره مثلاً من توقع ارتفاع الأسعار أو انخفاضها بعد أجل معين ، ويخطره بسير العمليات القانونية ، ما تم منها وما بقي ، وبالصعوبات التي قد تعوق اتمامها وكيفية تجنب هذه الصعوبات . وإذا كانت الوكالة آمرة ، وكانت بعض التعليمات ضارة بمصلحة الموكل ، فعلي الوكيل أن يبين له وجه الضرر منّ أتباع هذه التعليمات .

ولا يلتزم الوكيل بأن يحيط موكله علماً باسم المتعاقد الآخر . فذلك ما يسمى « بحق الكتمان » . فقد تكون مصلحة الوكيل أن يخفي اسم هذا المتعاقد حتى لا يلجأ إليه الموكل بعد ذلك مباشرة فيستغني عن خدمات الوكيل . كذلك لا يلتزم الوكيل بأن يحدد له مقدار ملاءته . على أن الوكيل إذا تطوع بابداء هذه المعلومات فلابد أن تكون هذه المعلومات صحيحة . وفي حالة ما إذا طالب الموكل الوكيل بالافضاء باسم الغير الذي تعاقد معه فامتنع الوكيل عن ذلك دون مسوغ مقبول جاز اعتباره ضامناً تنفيذ الصفقة (م١٧٣/٢ تجاري) .

وقد ينص الاتفاق أحيانًا – على الأخص عندما تكون الوكالة اختيارية – على وجوب أن يخطر الوكيل الموكل بكل تفصيلات الصفقة وشروطها قبل ابرامها ، فيستطيع الموكل أن يقر العقد أو يرفضه في حالته النهائية . ويلاحظ أن هذا النص الاتفاقي يحيل الوكالة الاختيارية إلى ما يقرب من الوكالة الآمرة .

٤٣-٣- الاحتفاظ بسرية اسم الموكل :

ويلتزم الوكيل بأن يحتفظ باسم الموكل سراً إذا طلب منه ذلك. إذ مادام

الوكيل يتعاقد باسمه الشخصي فإن اسم الموكل يمكن أن يكون بمنأى عن نطاق التعاقد مع الغير. وقد يفضل الموكل أن يبقى اسمه سراً إذا كان في ذلك ضمان لنجاح مضارباته . على أن اخفاء اسم الموكل لا يدخل في جوهر عقد الوكالة بالعمولة . فقد لا يهم الموكل أن يعرف الغير المتعاقد اسمه ، بل قد تقضي مصلحته أن يذاع هذا الاسم . وسواء عرف الغير المتعاقد اسم الموكل أو لم يعرفه ، فإن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر في الوضع القانوني الناشئ عن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي (م١٧٣/١ تجاري) .

٤٢- ٤- ألا يكون الطرف الثاني في التعاقد :

وهذا المنع عام بالنسبة لجميع الوكلاء . فالمادة ١٠٨ مدني تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة » . ولقد نصت على هذا التحريم ، أيضاً ، الفقرة الأولى من المادة ١٥٦ تجاري بقولها « لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بابرامها » .

وعلة التحريم هي تعارض مصلحة الوكيل الشخصية مع مصلحة الموكل مما يخشى معه أن يضحي الوكيل بمصلحة الموكل في سبيل مصلحته الشخصية . فإذا سمح له بشراء ما كلف ببيعه ، مثلاً ، فإن مصلحته كمشتر تقتضي الحصول على الشئ بأقل ثمن ممكن ، بينما تتطلب مصلحته كبائع البيع بأكبر ثمن مستطاع . وقد لاحظ المشرع صعوبة التوفيق بين المصلحتين، فاضطر إلى النص على التحريم المذكور ، وهو تحريم عام ينبسط على جميع الوكلاء ، كما سلف البيان .

ومع ذلك يجوز مخالفة هذا المنع في الحالات التالية : أ- إذا أذن له الموكل في ذلك ، ب- أو إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة

ونفذها الوكيل بدقة ، جـ- أو إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد فى السوق واشتراها الوكيل أو باعها بهذا السعر . ولا يستحق الوكيل فى هذه الحالات أجراً نظير وكالته (م١٥٦/ ١ و٢ تجارى) .

وتثور فى مثل هذه الحالات مشكلة تكييف العقد ، وهل هو عقد بيع أم عقد وكالة ؟ ومما لا شك فيه أنه فى هذه الحالات يرتفع عن العلاقة بين الموكل والوكيل صفة الوكالة ، ويصبح العقد الذى يربطهما بيعاً أو شراءً على حسب الأحوال ، ولذا لا يستحق الوكيل عمولته .

وقد يتعاقد الوكيل مع نفسه دون أن تكون مصلحته الشخصية موضع الاعتبار ، كما إذا كان وكيلاً بالعمولة عن الطرفين . فهو موكل من البائع بالبيع ، وموكل من المشترى بالشراء ، فيعقد العقد بعد أن يقابل بين المصلحتين المتعارضتين . والعرف التجارى يسمح بهذا اللون من تعاقد الوكيل مع نفسه طالما أنه لم يغلب مصلحة أحد الطرفين على مصلحة الآخر ، ولم يخالف تعليمات أى منهما .

ثانياً : القيام بالعمليات

٤٤- الإلتزام بحفظ البضاعة :

سواء كان الوكيل بالعمولة وكيلاً بالبيع أو بالشراء ، فإن البضاعة تمر أغلب الأمر فى حيازته وهى فى طريقها من الموكل إلى الغير المتعاقد أو العكس. وهو ملزم فى الحالتين بأن يقوم بالمحافظة عليها ، وأن يبذل فى سبيل صيانتها عناية التاجر الحريص . ويقوم الوكيل كذلك بكافة الاقرارات أو الاجراءات التى قد تقتضيها بعض جهات الإدارة مثلاً ، ويتخير المخزن المناسب الذى تكون فيه البضاعة بمأمن من التلف أو السرقة أو الضياع . ولا تنتفى مسئوليته عن الاضرار التى تلحق البضاعة إلا إذا قام بإثبات أن هذه الأضرار وقعت بفعل القوة القاهرة أو الحادث الجبرى أو بسبب عيب ذاتى فى البضاعة (م١٥٥/ ١ تجارى).

وإذا كانت البضاعة أو الأشياء التي يحوزها الوكيل لحساب موكله مهددة بتلف سريع أو بهبوط في القيمة ، جاز للوكيل بالعمولة ، إذا لم تصله تعليمات من الموكل بشأنها في ميعاد مناسب ، أن يطلب من القاضي المختص بالمحكمة التي يوجد في دائرتها مركز أعماله إصدار أمر على عريضة ببيعها بالكيفية التي يعينها القاضي (م١٥٢ تجاري) . ويسري نفس الحكم في حالة رفض الوكيل بالعمولة إجراء الصفقة المعهود بها إليه ، بشرط أن يكون قد أخطر الموكل بذلك ولم تصله تعليمات هذا الأخير في وقت مناسب (م١٥٤ تجاري) .

ولا يجوز للوكيل بالعمولة تغيير العلامات التجارية الموضوعة على البضائع التي يتسلمها من الموكل أو لحسابه ، إلا إذا تم ذلك في حدود القانون وكان مأذوناً في ذلك صراحة (م١/١٧٢ تجاري) . وإذا كان حائزاً لجملة بضائع من جنس واحد ، ومرسلة إليه من موكلين مختلفين ، وجب عليه أن يضع على كل بضاعة منها بياناً مميزاً لها (م٢/١٧٢ تجاري) .

ولكن هل يلتزم الوكيل بالتأمين على البضاعة ؟ نعم ، إذا طلب منه الموكل ذلك صراحة أو جرى العرف على التأمين في مثل هذه الحالة ، أو كانت تستلزمه طبيعة الشئ (م٢/١٥٥ تجاري) . وعندئذ فإن للوكيل أن يسترد من الموكل قيمة الأقساط التي دفعها . أما إذا لم يؤمن على البضاعة ، رغم العرف أو طلب الموكل الصريح ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاكها إذا تحقق الخطر الذي كان من المفروض أن يؤمن عليها منه . وفي غير هاتين الحالتين ، يجوز للوكيل أن يقدر ضرورة التأمين على البضاعة : فقد يعد عدم التأمين على البضاعة في ظروف معينة إهمالاً في صيانتها ، فيقوم الوكيل بالتأمين عليها ، ثم يرجع على الموكل بما دفعه من مصاريف التأمين كفضولي . ولا يكون له حق الرجوع بهذه المصاريف إذا كان الموكل قد طلب منه صراحة عدم التأمين على البضاعة .

٤٥- مسئولية الوكيل بالعمولة عن العيوب الخفية في البضاعة :

يجب التفرقة في هذه الحالة بين الوكيل بالعمولة البائع والوكيل بالعمولة المشتري . فإذا كان الوكيل بالعمولة بائعاً ، فهو مسئول ولا شك عن عيوب

البضاعة الخفية إزاء الغير المتعاقد . إذ هو يتعامل معه باسمه الشخصى فيتحمل كل التزامات ومسئوليات البائع . أما إذا كان الوكيل بالعمولة مشترياً ، فالموكل يعلم علم اليقين أن الوكيل بالعمولة ليس صاحب البضاعة ولا هو بائعها ، وإنما هو وكيله فى شرائها . لذلك قيل أنه لا يضمن العيوب الخفية فى جميع الأحوال. ولكن هذا القول غير صحيح على إطلاقه : فالوكيل يضمن العيوب الخفية فى مواجهة موكله ، ولكن هذا الضمان يكون فى نطاق مسئوليته العامة. وبعبارة أوضح يعد الوكيل مسئولاً إذا ثبت أنه لم يبذل عناية التاجر الحريص فى اختبار البضاعة ، لكشف ما قد يكون بها من عيوب خفية على الرجل العادى. أما إذا كانت العيوب من الخفاء بحيث يعجز التاجر الحريص عن كشفها ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً بطبيعة الحال . ولكنه يلتزم ، مع ذلك ، بأن يحفظ حقوق موكله ، فيطالب الغير المتعاقد ، لحساب موكله ، بدعوى الفسخ أو التعويض .

هذا عن الوكيل بالعمولة العادى . أما الوكيل بالعمولة الضامن فهو يضمن العيوب الخفية فى جميع الأحوال .

ثالثا : تقديم حساب عن وكالته

٤٦- التزام الوكيل بالعمولة بتقديم حساب :

إذا انتهى الوكيل من القيام بالعمليات القانونية والمادية التى تقتضيها وكالته ، فإنه يلتزم ، شأنه فى ذلك شأن أى وكيل (م٧٠٥ مدنى) ، بأن يقدم حساباً لموكله ، مؤيداً بالمستندات ، عن جميع ما قام به وما حصل عليه من هذه العمليات. والقاعدة أن الوكيل لا يستخلص لنفسه أى منفعة شخصية خارج العمولة المتفق عليها ، حتى ولو كانت هذه المنفعة نتيجة مهارته أو تأثيره أو علاقته الخاصة بالغير المتعاقد ، بل حتى ولو كانت هذه المنفعة تتجاوز ما يطلبه الموكل ، كما إذا كان قد باع بثمن أعلى من الثمن الذى حدده الموكل أو اشترى بأقل من الثمن الذى ارتضاه . إذ الفرض أن العمولة ، التى يدفعها

الموكل ، هي المقابل الكامل لمهارة الوكيل وتأثيره المحتمل ، فلا حق له في تجاوزه . كما أن دوره دور الوسيط ، فعليه أن ينقل منافع الصفقة كما هي لصاحب الحق فيها دون أن تمتد إليها يده . ولقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٦٩ تجاري بقولها « إذا تعاقد الوكيل بالعمولة بشروط أفضل من الشروط التي حددها الموكل ، عادت المنفعة إلى الموكل ؛ وعلى الوكيل أن يقدم حسابه على أساس الشروط الحقيقية التي تمت الصفقة بمقتضاها » . لذلك حرم القضاء، سواء في فرنسا أو في مصر ، نظام الفاتورتين double factures . وهو يتضمن تحايلاً يتم بتواطؤ الوكيل والغير المتعاقد ، إذ يثبتان في إحدى الفاتورتين السعر الحقيقي ، ويثبتان في الفاتورة الأخرى سعراً صورياً يقدمه الوكيل إلى الموكل ضمن عناصر الحساب . وقد اعتبرت محكمة الاسكندرية التجارية هذا التحايل نوعاً من خيانة الأمانة قد يسأل عنه الوكيل جنائياً .

فيجب، إذاً ، أن يكون الحساب مطابقاً للحقيقة . فإذا تضمن عن عمد بيانات غير صحيحة ، جاز للموكل رفض الصفقات التي تتعلق بها هذه البيانات ، فضلاً عن حقه في المطالبة بالتعويض . ولا يستحق الوكيل أجراً عن الصفقات المذكورة (م١٥٨ تجاري) .

٤٧- تعارض التزام الوكيل بتقديم الحساب وحقه في الكتمان :

ذكرنا أنه من حق الوكيل بالعمولة أن يبقى اسم الغير الذي تعاقد معه سراً يحفظه عن الموكل . لذلك فمن الجائز له أن يقدم للموكل فواتير يترك فيها اسم من تعاقد معه على بياض. والواقع أن الموكل لابد وأن يكون على قدر من الثقة في أمانة ونزاهة وكيله ، خاصة وأن عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي . ولكنه إذا ما ساوره الشك في صدق الحساب المقدم إليه ، لأسباب أو وقائع مقنعة ، واستدعى الأمر الاطلاع على دفاتر الوكيل وفواتيره الخاصة التي عليها اسم الغير الذي تعاقد معه ، فإن القضاء يعمد إلى أن يتم هذا الاطلاع بمعرفة خبير أو بواسطة المحكمة نفسها ولا يسمح للموكل بالاطلاع

الفصل الثانى

التزامات الموكل

٥٠- انطباق القواعد العامة فى الوكالة على واقع مختلف :

التزامات الموكل فى عقد الوكالة بالعمولة لا تختلف على التزامات الموكل العادى من الناحية القانونية ، إذ تنطبق القواعد العامة الواردة فى المواد ٢/٧٠٩ و٧١٠ و٧١١ و٧١٢ مدنى. ولكن ليس معنى ذلك أن هناك تشابهًا مطلقًا فى الحالتين ، ذلك أن القواعد العامة تنطبق على واقع يختلف فى الوكالة بالعمولة عنه فى الوكالة العادية . وذلك كاف لأن ينعكس الواقع المختلف على القاعدة فيعطيها شكلاً خاصاً :

٥١- ١- تنفيذ العقد بحسن نية .

فالالتزام الأول تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١/١٤٨ مدنى والتى تنص على أنه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » . ولا يكاد هذا النص العام يكون ذا أثر خاص فى عقد الوكالة العادية ، حيث تقتصر مهمة الوكيل على مجرد ابرام العقد باسم الموكل . أما فى الوكالة بالعمولة فالواقع الذى ينشأ عن العقد يجعل لهذا النص أهمية خاصة ، إذ ينبغى أن يعطى الموكل للوكيل جميع المكنات المادية التى تسمح له بالقيام بالتزاماته ازاء الغير الذى يتعاقد معه فيلتزم شخصياً فى مواجهته . فإذا كان وكيلاً بالعمولة بالبيع فإن الموكل يجب أن يضع تحت تصرف الوكيل البضاعة التى يريد بيعها . وإن كان وكيلاً بالشراء وجب أن يمده بالمبالغ اللازمة للوفاء بالثمن . والتزام الموكل هنا من التزامات التعاون التى تقتضيها حسن النية . إذ أن تقصير الموكل فى القيام بها يجعل الوكيل عاجزاً عن القيام بواجباته . وهو يستند إلى تفسير نصوص العقد ، فكثيراً ما يفهم منها أن الوكيل يقتصر دوره على تصريف منتجات الموكل دون أن يلتزم هذا الأخير بانتاج قدر معين . وفى ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ ٢ يناير

١٩٤٧ أنه « حيث أن الحكم المطعون فيه قرر أن العقد المؤرخ فى أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إنما يلزم الطاعن وحده بأن يصرف من منتجات الشركة ما عين حده الأدنى فى العقد ولا إلزام فيه على الشركة أن تضع تحت تصرفه إلا ما تنتجه مصانعها بلغ أو لم يبلغ إلى الحد الأدنى ، وقد اعتمد على عبارات العقد التى أوردها وهى صريحة فى أداء المعنى الذى استخلصه منها . ومتى كان الأمر كذلك فلا خطأ فى تطبيق القانون » .

وبدهى أن تسليم البضاعة إلى الوكيل لا يتضمن إلا نقل حيازتها، فليس من شأنه أن ينقل ملكيتها إليه .

٥١- ٢- الالتزام بدفع العمولة المتفق عليها :

هذا هو الالتزام الرئيسى للموكل . والعمولة المتفق عليها غالبًا ما تكون نسبة مئوية من قيمة الصفقة . ولا تستحق العمولة إلا بتمام العقد الذى كلفه الموكل بابرامه لحسابه . ولكن من ناحية أخرى لا تتوقف العمولة على قيام الغير بتنفيذ هذا العقد مادام الوكيل غير ضامن .

ويستند هذا الإلتزام إلى القاعدة الواردة فى المادة ٧٠٩ مدنى . ولكننا هنا أيضاً بصدد واقع مختلف . فالوكيل بالعمولة لا يتصور أن يكون متبرعاً . فإذا حدث أن خلا عقد الوكالة بالعمولة من نص على الأجر ، فإنه يجب الرجوع إلى العرف لتحديده ، وإن لم يوجد عرف كان على القاضى أن يقدر للوكيل عمولة عادلة . هذا بينما الأصل فى الوكالة المدنية التبرع ، فإذا لم يرد نص فى الاتفاق على تحديد أجر ، عد الوكيل متبرعاً .

كذلك تنص المادة ٢/٧٠٩ مدنى على أن أجر الوكالة يخضع لتقدير القاضى . فله أن يرفع أجر الوكيل إذا كان قد أساء تقدير أتعابه ولم يتبين له ذلك إلا بعد التنفيذ . ولكن الفقه والقضاء متفقان على أن هذا النص لا ينطبق على الوكيل بالعمولة ، وقد سبق بيان ذلك . كما أن المشرع قد نص صراحة فى المادة ٤/١٥٠ تجارى على استبعاد هذا التطبيق .

٥٢- الإلتزام برد نفقات الوكالة :

وأخيراً يلتزم الموكل ، تطبيقاً لنص المادتين ٧١٠ و٧١١ مدني، بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة . كذلك يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يكون قد أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً .

وتطبيق هذه القاعدة يجد مجالاً أوسع في الوكالة بالعمولة عنه في الوكالة العادية . فعمل الوكيل بالعمولة أعم وأشمل ، إذ يتضمن عمليات قانونية وعمليات مادية مختلفة ، مما يؤدي إلى انفاق الكثير . كذلك قد يضطر الوكيل إلى الوفاء للغير المتعاقد لأنه ملتزم شخصياً . ومن ثم فحالات رجوع الوكيل بالعمولة بالنفقات والتعويضات على الموكل أكثر حدوثاً وأهم من حالات الرجوع في الوكالة العادية .

المطلب الثاني
ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة

٥٣- حاجة الموكل والوكيل بالعمولة إلى ضمانات :

استعراض التزامات الموكل والوكيل يجعلنا نقدر مدى الخطر الذي يتعرض له كل منهما إذا قصر أحدهما في تنفيذ هذه الإلتزامات : فالموكل يكون أجنبياً عن العقد الذي يبرمه الوكيل لحسابه ، وبالتالي فمن السهل على الوكيل أن يستخلص مغانم الصفقة لنفسه إذا كانت موفقة تدر كثيراً من الربح . كما أن الموكل يتعرض لمخاطر جدية إذا أفلس الوكيل بالعمولة قبل أن ينهي العملية المطلوبة والبضاعة مازالت في حيازته . أما الوكيل بالعمولة فهو يتعرض من جانبه لانفاق مصاريف غير عادية ، ويلتزم شخصياً ازاء الغير المتعاقد . ولذا فكل من الوكيل والموكل في حاجة إلى ضمانات تجعله يطمئن إلى الآخر .

٥٤- ضمانة عامة - التضامن عند التعدد :

وهناك ضمانة عامة يجدها كل من الطرفين في قاعدة أساسية من قواعد القانون التجارى عند تعدد الوكلاء أو الموكلين ، وهى قاعدة افتراض التضامن بين المدينين .

ويلاحظ أن هذه القاعدة منصوص عليها فى القانون المدنى بالنسبة لعقد الوكالة ، ولكن ليس على اطلاقها . إذ يفرق القانون المدنى بين حالة تعدد الوكلاء وحالة تعدد الموكلين . فالمادة ٧١٢ مدنى تقضى بأن جميع الموكلين متضامنون قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . فكأن الوكيل المدنى والوكيل بالعمولة يشتركان فى هذه الضمانة العامة عند تعدد الموكلين .

أما فيما يتعلق بتضامن الوكلاء ، فإن نص المادة ١/٧٠٧ مدنى لا ينشئ هذا التضامن إلا فى حالتين : حالة ما إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، كما إذا وكل شخص وكيلين فى شراء سيارة مثلاً . وحالة وجود خطأ مشترك بين الوكلاء . غير أنه لا شك فى أن هذه القيود تسرى فقط بالنسبة للوكالة المدنية ، أما فيما يتعلق بالوكالة بالعمولة ، فإن تضامن الوكلاء ، إذا تعددوا ، يستند إلى القاعدة العرفية التجارية العامة التى تفترض التضامن بين المدينين.

فكأن القاعدة ، إذاً ، هى أن الموكلين إذا تعددوا يكونون متضامنين فى المسئولية ازاء الوكيل بالعمولة وكذلك الوكلاء بالعمولة إذا تعددوا يكونون متضامنين فى المسئولية ازاء الموكل .

وبالاضافة إلى هذه الضمانة العامة ، هناك ضمانة يختص بها الموكل وضمانتان يختص بهما الوكيل بالعمولة .

٥٥- ضمانة خاصة بالموكل : استرداد البضاعة التى فى حيازة الوكيل المفلس:

إذا أفلس الوكيل بالعمولة ، فللموكل حق استرداد البضاعة التى فى حيازته (المادة ١/٦٢٧ تجارى) . ويمكن للموكل مباشرة حق الاسترداد فى حالتين :

الأولى : حالة ما إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفًا بالبيع ، فسلمه الموكل البضاعة ، ثم أفلس الوكيل قبل أن تنتقل ملكيتها إلى المشترى وقبل أن تخرج من حيازته .

الثانية : حالة ما إذا كان الوكيل مكلفًا بالشراء فاشترى البضاعة فعلاً لحساب موكله ، فأصبح الموكل بذلك مالكاً لها ، ودخلت البضاعة فى حيازة الوكيل ثم أفلس هذا الأخير قبل أن ينقل حيازة البضاعة إلى الموكل .

فى هاتين الحالتين يحق للموكل استرداد البضاعة من تفليسة الوكيل ، إذا أثبت ملكيته للبضاعة واستطاع أن يعينها بالذات فى مخازن الوكيل . والإثبات أصعب فى حالة الوكيل بالعمولة بالشراء ، لأن الوكيل يشترى باسمه الشخصى لا باسم الموكل . إلا أن الموكل يستطيع أن يثبت أن البضاعة التى اشتراها الوكيل تطابق تمام المطابقة البضاعة التى كلفه بشرائها ، وأن يثبت ، بكافة الوسائل ، أن هذه البضاعة كانت معدة له لا لغيره .

٥٦- ضمانتان خاصتان بالوكيل بالعمولة : ١- حق الوكيل فى الحبس :

تعطى المادة ١/١٥٩ تجارى للوكيل بالعمولة الحق فى الحبس لإرغام الموكل على تنفيذ التزاماته المقابلة . وهذا الحق لا يخرج عما تخوله القواعد العامة ، وليس سوى تطبيقًا للقاعدة الواردة فى المادة ٢/٢٤٦ مدنى والتى تتكلم عن « إحدى وسائل الضمان : الحق فى الحبس » . ويفقد الوكيل بالعمولة هذا الحق بخروج البضاعة من حيازته . ويختلف الحق فى الحبس طبقاً لقانون التجارة الجديد عنه فى ظل قانون التجارة الملغى من حيث النطاق : فوفقًا للمادة ٨٥ من هذا القانون الأخير كان مجال الحق فى الحبس المخول للوكيل بالعمولة أوسع من مجاله وفقًا لنص المادة ٢٤٦ مدنى فيما يتعلق بشرط الارتباط بين الشئ المحبوس وبين المبالغ والمصروفات التى يضمنها الحبس . فهذا الارتباط محكم فى نص المادة ٢/٢٤٦ مدنى التى تشترط أن يكون هذا الارتباط بين المبالغ والشئ المحبوس مباشرة ، لكنه فضفاض فى نص المادة

٨٥ تجارى ملغى التى تكتفى بأن يكون الارتباط المشار إليه بين المبالغ وعقد الوكالة بوجه عام.

أما القانون الجديد فلم يشأ أن يخرج عن القواعد المقررة فى القانون المدنى، بمعنى أن الحق فى الحبس يتطلب وجود ارتباط مباشر بين المبالغ التى أنفقها الوكيل بالعمولة والشئ الذى يمارس عليه هذا الحق . ويستفاد ذلك من مضمون الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٥٩ تجارى حيث تقصران هذا النطاق الواسع على حق الامتياز دون حق الحبس .

٥٦- ٢- حق الوكيل فى الامتياز على البضاعة المحبوسة :

للوكيل بالعمولة ، كذلك ، حق امتياز على البضاعة وغيرها من الأشياء التى يرسلها إليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له (م١٥٩/١ تجارى) .

والأساس القانونى لهذا الامتياز هو فكرة الرهن الضمنى ، فهو يستند فى بقائه وفقده إلى الحق فى الحبس. لذلك لا يكون للوكيل بالعمولة الامتياز المشار إليه ، وعلى حسب تعبير المادة ١٦٠ تجاري ، « إلا إذا كان حائزاً لبضائع أو لأشياء لحساب الموكل . وتتحقق هذه الحيازة فى الحالات الآتية : أ- إذا تسلم الوكيل البضائع أو الأشياء فعلاً ، ب- إذا وضعت تحت تصرفه فى الجمرك أو فى مخزن عام أو خاص، جـ- إذا كان يحوزها قبل وصولها بمقتضى سند شحن أو أية وثيقة نقل ، د- إذا صدرها وظل حائزاً لها بمقتضى سند شحن أو أى وثيقة نقل أخرى » . فإذا خرجت البضاعة من حيازته ، فإنه يفقد هذا الامتياز ، اللهم إلا إذا تصرف فيها بالبيع وسلمها إلى المشترى فعندئذ ينتقل حقه فى الامتياز إلى ثمنها (م١٦٠/٢ تجارى) .

ولا يشترط أن يكون هناك ارتباط بين الحقوق المضمونة والبضائع المثقلة بالامتياز . بل ، يتقرر الامتياز دون اعتبار لما إذا كان الدين قد نشأ عن أعمال تتعلق بالبضائع أو الأشياء التى لاتزال فى حيازة الوكيل أو ببضائع أو أشياء أخرى سبق ارسالها إليه أو ايداعها عنده أو تسليمها له » (م١٥٩/٣ تجارى).

ذلك ، أنه توجد بين الوكيل بالعمولة والموكل فى الغالب علاقات مستمرة وحساب جار تقيد فيه جميع المدفوعات المتبادلة وتقع المقاصة بينها بحيث يكون الرصيد الدائن لهذا الحساب إذا كان فى صالح الوكيل هو المضمون بالامتياز » .

ويضمن هذا الامتياز أجر الوكيل بالعمولة والمصاريف والمبالغ التى يدفعها عن الموكل أو يقرضها له وغير ذلك من المبالغ التى تستحق للوكيل بسبب الوكالة سواء أنفقت قبل تسليم البضائع أو الأشياء أو أثناء وجودها فى حيازة الوكيل (١٥٩/٢ تجارى) .

ويترتب على هذا الامتياز حق الوكيل فى التقدم والأولوية على ثمن البضاعة . ولكنه يأتى ، بطبيعة الحال ، بعد امتياز المصاريف القضائية والضرائب والرسوم المستحقة للدولة (م١٦١ تجارى) .

وقد كانت القواعد العامة تقتضى اجراءات معينة لبيع البضاعة بيعاً جبرياً بعد الحصول على حكم قضائى بالتنفيذ . ولكن القانون التجارى يختصر هذه الاجراءات بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة تسهيلاً للتنفيذ . ولا شك أن لسهولة الاجراءات أهميتها الكبرى فى نظر الوكيل بالعمولة . فهى تضاعف من قيمة حق الحبس الذى له على البضاعة ، إذ يخوله القانون بيعها باجراءات سهلة ، ثم يخوله حق استيفاء سائر ديونه على الموكل بالأولوية .

هذه الاجراءات تختلف :

١- فإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالشراء ، فاشترى البضاعة لحساب الموكل ، ثم باشر عليها حق الحبس لامتناع الموكل عن أداء المبالغ المستحقة إن المادة ١/١٦٢ تجارى تسمح بالاستفادة من الاجراءات السهلة المقررة فى المادة ١٢٦ تجارى الخاصة بالتنفيذ على الشئ المرهون رهناً تجارياً . وهى لا تقتضى منه أكثر من أن ينبه على الموكل ، ثم يتربص خمسة أيام ، يستطيع بعدها أن يقدم عريضة إلى القاضى المختص فى المحكمة الكائن محله فى دائرتها ليتحصل على الاذن ببيع البضاعة والأشياء التى فى حيازته كلها أو بعضها بالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضى باتباع طريقة أخرى .

٢- أما إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع ، فقد أغناه هذا التكليف حتى عن الإلتجاء إلى القاضي واتباع الاجراءات الميسرة المطلوبة في المادة ١٢٦ تجارى ، إذ مادام الفرض أنه سيبيع هذه البضاعة ، فلا داعي لحبسها ، وإنما يغنيه عن ذلك حبس الثمن . وفي ذلك تنص المادة ٢/١٦٢ تجارى « مع ذلك إذا كان الوكيل مكلفاً ببيع البضائع أو الأشياء التى فى حيازته جاز له التنفيذ عليها ببيعها دون حاجة إلى اتباع الاجراءات المشار إليها في الفقرة السابقة (وهى التى تشير إلى الرهن التجارى) » .

على أنه يشترط في هذه الحالة ، بطبيعة الحال ، أن يبيع الوكيل البضاعة وفقاً لتعليمات الموكل في عقد الوكالة ، وبالثمن الذى حدده . إذ الفرض أنه يبيع مستنداً إلى تكليف الموكل بالبيع . أما إذا لم يستطع البيع وفقاً لتعليمات الموكل فلا مناص من اتباع اجراءات المادة ١٢٦ تجارى (م٢/١٦٢ تجارى) .

من ذلك كله نرى إلى أي حد وصل القانون التجارى في حماية الوكيل بالعمولة واحاطته بالضمانات . ولا يمكن تبرير هذه الحماية إلا بالأخطار التى يتعرض لها الوكيل بالعمولة فى تعاقده مع الغير . فهو يتعاقد معه باسمه الشخصى ، ويلتزم فى مواجهته شخصياً ، وذلك فى سبيل حقوق لم يكتسبها لنفسه فى صفقة لم يعقدها لحسابه . ولا مراء في حاجة مثله إلى ضمانات قوية .

الفرع الثانى

العلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير

٥٧- علاقة أصيل بأصيل :

إذا ما قام الوكيل بالعمولة بتنفيذ محل الوكالة ، أى ابرام الصفقة المعهود بها إليه من الموكل ، تنشأ بينه وبين الغير الذى تعاقد معه علاقات قانونية مباشرة أساسها العقد المبرم بينهما . فهذه العلاقات هى علاقات أصيل بأصيل .

إذ أن نية الوكيل فى النيابة عن الموكل تظل حبيسة صدره ، ولا تدخل فى نطاق تعاقده مع الغير ، وبالتالى لا يمكن أن ترتب أى أثر . وهذا الحكم لا يتغير حتى ولو عرف الغير أن الوكيل يتعاقد لحساب موكله ، بل حتى ولو علم باسم هذا الموكل . إذ الفرض أن الوكيل لم يعلن أنه يتعاقد بصفته نائبًا ، وبالتالى لم يشأ أن تدخل هذه النيابة نطاق التعاقد لترتب أثارها . وقد قضى ، تطبيقاً لذلك ، بأنه لا يجوز لمن يتعامل مع الوكيل بالعمولة التمسك بالمقاصة بين دين له قبل الموكل والديون التى عليه والناشئة من تنفيذ عقد الوكالة بالعمولة لاختلاف شخص الدائن فى العلاقتين » .

ولما كان الوكيل بالعمولة يتعامل باسمه مع الغير فيترتب على ذلك ، كقاعدة عامة ، أن الحقوق والالتزامات المتولدة من هذا التعامل تنشأ فى ذمة كل من الوكيل والغير مباشرة . فإذا كان الوكيل بالعمولة بائعًا ، مثلاً، أصبح مديناً بتسليم المبيع ودائناً بالثمن ، وإذا كان مشترياً اعتبر دائناً بتسليم المبيع ومديناً بالثمن . ويكون لكل من الوكيل والغير أن يطالب احدهما الآخر ويرفع عليه الدعاوى التى تخوله اياها حقوقه الناشئة عن العقد . وتحكم العلاقة بينهما نصوص هذا العقد وأحكامه .

ولقد نصت على هذه القاعدة صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ من قانون التجارة الجديد بقولها « يلتزم الوكيل بالعمولة مباشرة قبل الغير الذى تعاقد معه ، كما يلتزم هذا الغير مباشرة قبل الوكيل بالعمولة » . كما طبقت محكمة النقض هذه القاعدة فقضت بأن « الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى أصيلاً لحساب موكله ، فيكتسب الحقوق ويتعهد بالتزامات إزاء الغير الذى يتعاقد معه » .

ويلاحظ فى هذا المجال الفرق بين مركز الوكيل بالعمولة ومركز الوكيل العادى . فلا شأن لهذا الأخير بالصفقة التى يعقدها لحساب موكله ؛ لأن وكالته نيابية حيث يتعاقد باسم ولحساب الموكل فتنصرف آثار العقد إلى ذمة الموكل

مباشرة دون أن تمر بذمة الوكيل ، فتنشأ بذلك علاقات مباشرة بين الموكل والغير إذ يعتبر كل منهما طرفاً في العقد .

الفرع الثالث

العلاقة بين الموكل والغير

٥٨- القاعدة انتفاء العلاقة المباشرة :

المتفق عليه أن تعاقد الوكيل باسمه الشخصي يؤدى إلى انعدام النيابة . وبالتالى فإن الموكل يعتبر أجنبياً عن العقد ، ولا تكون بينه وبين الغير أى علاقة مباشرة إلا ما استثنى بنصٍ خاص . ولا يكون لأى منهما أن يرجع على الآخر إلا بالدعوى غير المباشرة عند توفر شروطها وفقاً للقواعد العامة .

إلا أن نظرية حديثة ترى وجود علاقات مباشرة بينهما تأسيساً على أنه إذا لم تتوفر النيابة الكاملة ، فإن هناك « نيابة ناقصة » تسمح لكل منهما بالرجوع على الآخر .

٥٩- انتقال الملكية مباشرة من الموكل إلى الغير وبالعكس :

وقبل أن نتعرض لهاتين النظريتين بالتحليل ، يجب أن نبدأ بأن نحدد النطاق الذى تدوران فيه . وهو نطاق الحقوق والالتزامات الشخصية ، وذلك ما نعنيه عندما نتكلم عن « العلاقات » بين الموكل والغير .

أما بالنسبة لانتقال ملكية البضائع من الموكل إلى الغير ، أو من الغير إلى الموكل ، فلا جدال في أن الملكية تنتقل مباشرة بينهما دون أن تمر في ذمة الوكيل . فالوكيل في جميع الحالات يحوز البضاعة ولا يملكها ، وهو يحوزها لحساب موكله بمقتضى علاقة الوكالة الصريحة التى بينه وبين الموكل .

فعندما يكون وكيلاً بالبيع ، فإنه يحوز البضاعة المملوكة للموكل ، ثم يبيعها باسمه الشخصى ، أى أنه يبيع ما لا يملك . ولا شك أن هذا البيع صحيح وفقاً لنص المادة ١/٤٦٧ مدنى التى تقضى بأنه « إذا أقر المالك البيع سرى

العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري . ولا داعي في حالتنا هذه أن ينقلب العقد صحيحاً ، لأن علاقة الوكالة الصريحة السابقة بين الموكل والوكيل لا تتضمن اقراراً للبيع فحسب ، وانما تكليفًا به . فالعقد ينشأ صحيحاً ، ويترتب عليه أن تنتقل الملكية مباشرة من الموكل إلى الغير .

والأمر كذلك إذا كان الوكيل مكلفًا بالشراء . فالغير يتخلى عن الملكية بمقتضى العقد ، ولكن هذه الملكية لا تنتقل إلى الوكيل إذ ليس لديه نية التملك . وانما هو يحوز البضاعة المشتراة لحساب الموكل ، بمقتضى علاقة الوكالة الصريحة فيما بينهما ، فتنتقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل .

وانتقال الملكية مباشرة بين الموكل والغير لا يعني ضرورة وجود علاقات مباشرة بينهما . فالملكية حق عيني ، أي سلطة مباشرة من شخص معين على شئ معين . فهي تكتسب بتوفر عناصرها في شخص المالك ، وتفقد بزوال أحد هذه العناصر . لذلك فالملكية تنتقل مباشرة إما بناء على علاقة مباشرة بين المالكين أو بدون هذه العلاقة ، كانتقالها عن طريق الميراث أو بالحيازة أو بالتقادم .

٦٠- العلاقات بين الموكل والغير المتعاقد : النظرية السائدة :

العلاقات التي نقصدها هنا هي الروابط الشخصية المباشرة التي يمكن أن تترتب على العقد الذي أبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير المتعاقد . ومجمل ما تراه النظرية السائدة في هذا الأمر أنه لا يمكن أن توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد ، لانعدام النيابة . فليس للموكل إلا الرجوع على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة ، وليس للغير إلا الرجوع على الوكيل بمقتضى العقد المبرم بينهما . ويحق لكل منهما ، وفقاً للقواعد العامة ، استعمال حقوق مدينة الوكيل في الرجوع على الآخر إذا توفرت شروط المادة ٢٣٥ مدني . كل ذلك إلا ما استثنى بنص خاص ، كما في حالة افلاس الوكيل بالعمولة ، إذ يجوز الرجوع المباشر في هذه الحالة وفقاً لنص المادة ١٧٥ تجاري .

المبحث الثاني

آثار عقد السمسرة

٦٥- أولاً: التزامات السمسار:

لا صعوبة: فمهمته تقتصر على محاولة التقريب بين العميل ومتعاقد آخر، وتنتهي متى أدى هذا التقريب إلى اتفاقهما. وعلى السمسار، في أداء ما كلفه به عميله، أن يبذل من العناية والحرص ما يبذله السمسار العادي. والقاضي هو الذي يقدر متى يقع السمسار في خطأ أو إهمال. ويميل القضاء عادة إلى التشدد في تطلب العناية والحرص من السمسار المحترف، وذلك طبعاً لأنه تاجر خبير بالعمليات التي يقوم بالوساطة فيها. كذلك قد ينص الاتفاق بينه وبين عميله على التزامات أوسع ومسئولية أشد من القواعد العامة.

١) والحرص العادي يلزم السمسار، ولو لم يكن مفوضاً إلا من أحد طرفي العقد، بأن يعرض الصفقة على الطرفين بأمانة وأن يوقفهما على جميع الظروف التي يعلمها عنها. ويكون مسئولاً قبلهما عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم (م٢٠٠ تجاري). فيخبر عميله، مثلاً، بأسعار السوق وقابليتها للارتفاع أو الانخفاض، أو باحتمال وجود نزاع ما على العين محل الصفقة؛ أو بقيام عارض من عوارض الأهلية عند الطرف الآخر. ولا يضمن السمسار يسار المتعاقد الذي يقدمه لعميله (م٢٠٣ تجاري). ولكن ذلك لا يعني أن يقدم له متعاقداً يعلم أنه معسر أو أنه لن يكون قادراً على تنفيذ التزاماته. وهو إن فعل يكون قد وقع في خطأ لا يقع فيه السمسار العادي، ومن ثم تجب مسئوليته. كذلك يجب أن يتأكد السمسار من صحة شخصية المتعاقد الآخر. فهو مسئول إذا قدم لعميله شخصاً معنوياً تبين فيما بعد أنه لا يتمتع بوجود قانوني.

وللسمسار أن يخفي اسم المتعاقد الآخر إلى ما يقرب من النهاية. ولكنه في

هذه الحالة يكون مسئولاً عن وجود هذا المتعاقد وظهوره عندما يحين وقت التعاقد بينه وبين العميل.

وقد يكون السمسار مكلفاً من أحد الطرفين. ولكنه قد يكون مكلفاً من الطرفين معاً، كأن يطلب منه عميل أن يبحث له عن مشتر ويطلب منه آخر أن يبحث له عن بائع. فى هذه الحالة يجب على السمسار ألا يتحيَز لأحد العميلين فيغلب مصلحته على مصلحة الآخر، وإنما يتوسط بينهما إلى أن تتلاقى المصلحتان.

ونص المادة ٤٨٠ مدنى يمنع السماسرة من أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها سواء أكان ذلك بأسمائهم أو باسم مستعار، ولكن ذلك يتوقف على رضاء العميل، والفرض أنه لن يجهل ذلك طالما أن الصفقة ستتم بينه وبين المتعاقد نفسه آخر الأمر. فإذا ظهر أن المتعاقد هو ذات السمسار الذى كلفه بالبحث، فهو بالخيار، وله أن يبرم الصفقة مع ذلك. وتثور فى هذه الحالة مشكلة وجود عقد السمسرة واستحقاق السمسار الأجر، إذ لا يعقل أن يستحق السمسار أجراً على الجهد الذى بذله فى العثور على «نفسه» بصفته المتعاقد الاخر. لذا فالراجح فى الفقه والقضاء أن السمسار لا يستحق فى هذه الحالة أجراً، وأن العقد الذى بينه وبين العميل لا يعدو حينئذ أن يكون صفقة عادية بينهما. ولقد تبنى قانون التجارة الجديد هذا الاتجاه فنص فى المادة ٢٠١ منه على أنه «لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفاً فى العقد الذى يتوسط فى ابرامه إلا إذا أجازه المتعاقد فى ذلك، وفى هذه الحالة لا يستحق السمسار أى أجر».

وأخيراً تنتهى مسئولية السمسار إذا نجح فى التوفيق بين عروض الطرفين فجعلهما فى وضع يصلح لإبرام العقد بينهما. والسمسار لا يبرم العقد بنفسه وإنما يكتفى بأن يخبر الطرفين بأن عروضهما قد تلاقت وأنهما على اتفاق، ثم يقدم كلاً منهما للآخر لإبرام العقد دون أن يكون طرفاً فيه. لذلك لا يسأل

السمسار عن العقبات التي قد تعترض تنفيذ العقد أو عن قيمة أو صنف البضائع المتعلقة بالعقد الذى توسط في ابرامه إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم فى جانبه (م ٢٠٣ تجارى).

٢) وقد يحدد الاتفاق بين العميل والسمسار الالتزامات التى تقع على عاتق هذا الأخير؛ ونادراً ما يضيق الاتفاق من نطاق مسئولية السمسار، بل الغالب أن يتضمن الاتفاق توسيعاً فى هذه المسئولية. وذلك بأن يضمن السمسار لعميله قيام المتعاقد الذى يقدمه بالتزاماته وأن يضمن يسار هذا المتعاقد عند التنفيذ. كذلك قد يكلفه الطرفان بابرام العقد بينهما. ولكن الأمر فى هذه الحالة يخرج عن نطاق عقد السمسرة، ويكون السّمسار وكيلاً عن الطرفين.

هذا وفى حالة تعدد السماسرة تكون مسئوليتهم تضامنية عن العمل المكلفين به شريطة أن يكونوا قد فوضوا بعقد واحد وألا يكون مرخصاً لهم بالعمل منفردين (م ٢٠٥/١ تجارى).

وأخيراً فإن السمسار يسأل عن تعويض الضرر الناجم عن هلاك أو فقدان ما يتسلمه من مستندات أو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد الذى يتوسط فى ابرامه ما لم يكن ذلك راجعاً إلى القوة القاهرة (م ٢٠٢ تجارى).

٦٦- ثانياً: حقوق السمسار:

أهم حقوق السمسار هو أن يحصل علي أجره. وله أيضاً أن يسترد المصروفات التى أنفقها فى سبيل المهام التى يكلفه بها عميله، وأن يحصل على التعويض المناسب إن كان له مقتض.

٦٧- حق السمسار في الحصول علي الأجر المتفق عليه:

يتقاضى السمسار، فى مقابل الخدمة التى يقدمها لعملائه، أجراً يسمى سمسرة أو عمولة، يتفق عليه عادة فى العقد. وقد يكون مبلغاً محدداً، ولكن الغالب أن يكون نسبة معيّنة من قيمة الصفقة (٥٪ مثلا). والغالب أيضاً أن

يجرى عرف خاص بأجر السمسار الذى يحترف التوسط فى نوع معين من العقود – كأجر ٥٪ من قيمة العقار المبيع مثلاً –، بحيث إذا لم يرد فى العقد نص على قيمة الأجر فإن القاضى يحكم مع ذلك بهذا الأجر المتعارف عليه. فإذا لم يوجد عرف كان على القاضى أن يتولى بنفسه تحديد أجر السمسار تبعاً لما بذله من جهد وما استغرقه من وقت فى القيام بالعمل المكلف به (م ١٩٣ تجارى).

وفى حالة تعدد السماسرة، للتوسط فى ابرام عقد، ولم يتم تحديد أجر مستقل لكل منهم، استحق كل منهم نصيباً فى ا الأجر المشترك بنسبة ما بذله من جهد فى ابرام العقد (م ٢٠٥/٣ تجارى).

ولكن هل يجوز للقاضى أن يعدل من قيمة الأجرة المتفق عليها بالزيادة إذا وجد أنها لا تتناسب مع المجهود الذى بذله السمسار؟ نحن نعرف أن القاعدة العامة الواردة فى المادة ٧٠٩ مدنى ترى أنه «إذا اتفق على أجر الوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة». وقد ذهبت بعض المحاكم إلى القول بجواز تطبيق هذا النص على أجر السمسار. ولكن هذا الرأى يتعرض لنقد غالبية الفقهاء. وذلك أولاً لأن هذا النص استثنائى وخاص بالوكالة، وثانياً لأن تدخل القاضى هنا يقصد به حماية الوكيل من احتمال اساءته لتقدير جهوده قبل أن يبدأ بالقيام بها (لذلك فإن هذا الأجر إذا دفع طوعاً بعد التنفيذ فلا داعى لتدخل القاضى). والمفروض أن السمسار المحترف تاجر فى غير حاجة إلى مثل هذه الحماية، وهو لابد يحسن تقدير جهوده تقديراً نهائياً. على أن هناك اعتباراً آخر أكثر أهمية فى الميدان التجارى بالذات، وهو استقرار التعامل واطمئنان العملاء. إذ لا يخفى أن احتمال زيادة أجر السمسار عما تم الاتفاق عليه أمر من شأنه أن يثير القلق والارتباك فى المعاملات التجارية. فمن الخير، حتى إذا فرض أن السمسار قد أساء تقدير أجره، أن تقع عليه وحده مغبة ذلك.

وإذا كان غالبية الفقه يرى عدم جواز زيادة أجر السمسار عما اتفق عليه – باعتبار أن هذا الأخير تاجر لا يحتاج إلى حماية لكونه أقدر من غيره على حسن تقدير جهوده – فيجوز للمحكمة، حماية للمتعامل مع السمسار، أن تخفض أجره إذا رأت أنه لا يتناسب مع ما بذله من جهد في إبرام الصفقة، اللهم إلا إذا عزف العميل عن هذه الحماية وقام طوعاً بعد ابرام العقد بدفع الأجر المتفق عليه (م ١٩٦تجارى).

٦٨- شروط استحقاق السمسرة:

ولكي يستحق السمسار عمولته لابد من توفر شروط ثلاثة، تستنتج من نص المادة ١٩٤ تجارى، وهي:

١- أن يستند عمل السمسار إلى تفويض من العميل، أي أن يقوم السمسار بعمله مستنداً إلى عقد سمسرة يربطه بالعميل. والسمسار يستحق عمولته من الطرف الذي فوضه فقط (م ١/١٩٨تجارى). وعلى ذلك إذا قام السمسار من تلقاء نفسه بالتقريب بين متعاقدين دون أن يكون أحدهما قد كلفه بذلك فلا يستحق على ذلك أجراً. وعلى العكس من ذلك، إذا كلفه الطرفان معاً فإنه يستحق عمولته منهما معاً ولكن بلا تضامن بينهما حتى ولو اتفقا فيما بينهما على أن يتحمل أحدهما الأجر بأكمله (م ٢/١٩٨تجارى).

أما إذا فوض أشخاص متعددون سمساراً واحداً في عمل مشترك بينهم كانوا مسئولين بالتضامن قبله عما يستحقه من أجر، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢/٢٠٥).

٢- وأن يتم الاتفاق بين الطرفين. أما إذا فشل السمسار في العثور على متعاقد آخر يقبل شروط عميله فإنه لا يستحق أي أجر، حتى ولو كان السمسار قد بذل في ذلك جهداً غير منتج. ولكن ابرام الاتفاق يكفي لاستحقاق الأجر، فلا يشترط أن يتم تنفيذ العقد كله أو بعضه (مادة ٢/١٩٤تجارى) كذلك لا يشترط أن يتم العقد النهائي، فيكفي لاستحقاق الأجر أن يتم العقد الابتدائي بين الطرفين حتى ولو لم تكتمل بعد الإجراءات القانونية المتعلقة بالعقد.

أما إذا كانت الشكلية شرط انعقاد العقد، كبيع السفينة مثلاً، فيرى بعض الفقهاء أن أجر السمسار لا يستحق إلا إذا تم الشكل الذى يتطلبه القانون. ونحن لا نرى هذا الرأى، لأن دور السمسار هو فى التوفيق بين المتعاقدين والوصول بهما إلى مرحلة تلاقى العروض تلاقياً كاملاً. فإذا نجح فى ذلك استحق أجره، ولا شأن له بعد ذلك بصياغة العقد وإفراغه فى الشكل القانونى المطلوب، فتلك مهمة المتعاقدين.

ولقد تبنى المشرع فى قانون التجارة الجديد هذا الاتجاه الأخير عندما نص فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٩٤ على أنه «إذا كان أحد آثار العقد يتوقف على إجراء قانونى معيّن كالتسجيل فى بيع العقار أو القيد فى الرهن الرسمى استحق السمسار أجره بمجرد ابرام العقد الابتدائى».

وإذا كان العقد معلقاً على شرط واقف فلا يستحق السمسار أجره إلا بتحقق الشرط (م ٣/١٩٤تجارى). أما إذا كان معلقاً على شرط فاسخ، فيستحق السمسار أجره بمجرد ابرامه. ويثور الخلاف فى حالة ما إذا تحقق الشرط الفاسخ: فيرى البعض أن الأثر الرجعى يجعل العقد كأن لم يكن، وبالتالى يجب على السمسار أن يرد العمولة التى تقاضاها. ويفرق البعض الآخر بين ما إذا كان الشرط الفاسخ متعلقاً بأسباب شخصية بطرفى العقد وهنا لا يكون لتحققه أثر فى ضرورة استبقاء السمسار أجره، وبين ما إذا كان الشرط الفاسخ متعلقاً بأسباب خاصة بموضوع العقد ذاته فيلزم السمسار برد الأجر. ويرى آخرون أن السمسار لا يرد العمولة حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ. ونحن من أنصار الرأى الأخير، لأن الأثر الرجعى يقتصر على العقد الذى تضمن الشرط الفاسخ؛ فليس من شأنه أن يؤثر على حق السمسار الذى تأكد باتفاق الطرفين وأصبح بذلك نهائياً باتاً. ولقد انحاز المشرع لهذا الرأى الأخير، فنص فى المادة ١٩٥ تجارى على أنه «إذا فسخ العقد الذى توسط السمسار فى ابرامه جاز له المطالبة بأجره أو الاحتفاظ به إذا كان قد قبضه إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم فى جانبه».

كذلك لا يتأثر حق السمسار فى العمولة ببطلان العقد بعد ذلك إذا ثبت أنه لم يكن يعلم بسبب هذا البطلان.

والواقع أن على القضاء أن يعتد فى حل كل هذه المسائل، المتعلقة بالعقد، بجوهر السمسرة ذاتها كعقد من عقود الوساطة. ذلك أن مهمة السمسار الحقيقية هى الوصول بالطرفين إلى مرحلة الاتفاق الكامل على العقد الذى توسط فى ابرامه، ولا شأن له بما يجاوز ذلك. ومن ثم فإن شكل العقد من الناحية القانونية، أو تحقق شرط فاسخ بعد أن تم انعقاده، أو بطلان العقد لسبب لا يرجع إليه ولا يعلم به، كل هذه مسائل تتعدى المهمة الطبيعية للسمسار، لتقع على عاتق طرفى العقد وحدهما.

ومن نافلة القول أن محل العقد، الذى يتوسط السمسار فى ابرامه، يجب أن يكون مشروعاً. فإذا توسط فى ابرام صفقة ممنوعة قانوناً فلا يستحق عنها أجراً (م ١٩٧ تجارى)

٣- ويجب أن تكون هناك رابطة سببية بين جهود السمسار وبين ابرام الصفقة. وليس معنى ذلك أن يشترك السمسار فى جميع مراحل المفاوضات، أو أن يحضر صياغة العقد، وإنما يكفى أن يتم العقد بناء على تدخله، ولو لم يكن هذا التدخل بارزاً فى كل مراحل الصفقة.

والسمسار يستحق أجره عن هذه الصفقة فقط. فإذا قام الطرفان، اللذان قرّب بينهما السمسار، بإبرام عقود أخرى من ذات النوع فإن السمسار لا يستحق أى عمولة عن هذه العقود اللاحقة لأنها تمت دون تدخله.

ومحكمة الموضوع هى التى تقدر قيام رابطة السببية بين تدخل السمسار وابرام العقد.

٦٩- استرداد مصاريف الوساطة:

والقاعدة أنه لا يجوز للسمسار استرداد المصاريف التى أنفقها فى تنفيذ

العمل المكلف به، إلا إذا اتفق على غير ذلك. كما إذا طلب منه العميل السفر إلى محل المتعاقد الآخر أو الإعلان فى الصحف أو ما شابه ذلك، وكانت هذه المهام تقتضى انفاق مصروفات. فللسمسار، فى هذه الحالة، أن يطلب منه استرداد هذه المصاريف حتى ولو لم يتم العقد (م ١٩٩ تجارى). أما المصاريف العادية التى ينفقها السمسار فى ممارسته مهنته عادة فلا محل للمطالبة بها.

٧٠- حق السمسار في الحصول علي تعويض:

الأصل، كما رأينا، أن السمسار لا يستحق أجره إلا إذا تم الاتفاق. ولكن قد يحدث أن يؤدى السمسار كل ما يجب عليه لكي يتم هذا الاتفاق، فيقدم لعميله متعاقداً مناسباً يقبل الشروط التى يعرضها العَميل. ومع ذلك لا يتم العقد، إما لخطأ العميل أو تعنته أو لأنه قد عدلْ عن ابرام الصفقة لسبب أو لآخر. عندئذ لا يستحق السمسار أجراً، أو سمسرة، على الرأى الراجح فى الفقه والقضاء، إذ أن هذه السمسرة أو العمولة مشروطة بقيام الاتفاق بين المتعاقدين، والفرض أنه لم يتم. ولكن ذلك لا يمنع من أن يستحق السمسار تعويضاً من العميل الذى فوضه، وذلك فى الحالات التى لا يكون ذلك فيها منافياً لعرف تجارى خاص بنوع العقود التى يتوسط فى ابرامها. والقضاء مستقر على ذلك. ولقد أخذ المشرع فى قانون التجارة الجديد بهذا الحكم فنص، فى عجز الفقرة الأولى من المادة ١٩٤، على أنه «إذا لم يتم ابرام العقد بسبب تعنت من فوضه جاز للمحكمة أن تعوض السمسار عما بذله من جهد». هذا التعويض أساسه المسئولية التعاقدية، ذلك أن السمسار قد قام بأداء التزامه كاملاً ونجح فيما كلفه به عميله وكان يجب أن يستحق سمسرته بتمام الاتفاق المنشود. ولذا فإن خطأ العميل أو تعنته أو عدوله الاختيارى عن ابرام الصفقة يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدي وهو الالتزام بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية (م ١٤٨ مدنى). فيترتب على ذلك أن يستحق السمسار تعويضاً عادلاً يحكم به القضاء. وكثيراً ما يكون هذا التعويض العادل مساوياً للعمولة التى كان السمسار يستحقها لو أن هذا الاتفاق قد تم.

الباب الثالث

الرهن التجاري

٧١- من الائتمان الشخصي إلي الائتمان العيني، ونشوء رهن المنقول:

لا غنى للحياة التجارية عن الائتمان لأن الحاجة اليه طبيعية لاصقة بجوهر المعاملات التجارية ذاتها، ومستمرة باستمرار النشاط التجارى، ولا يتضمن طلبه دلالة على الضعف أو الحاجة الاستثنائية كما هو الأمر عادة خارج العلاقات التجارية.

والائتمان قد يكون شخصياً، بمعنى أن التاجر يأتمن مدينه شخصياً دون ما حاجة إلى أن يطلب منه ضماناً خاصاً مكتفياً بما يتوسمه فيه من قدرة على الوفاء بالتزاماته وقانعاً بما توفره له القواعد التجارية القاسية من حماية.

وقد يكون الائتمان عينياً، بمعنى أن يشترط التاجر على مدينه تقديم ضمان خاص فيضطر هذا الأخير الى رهن بعض أمواله.

وقد بدأ الائتمان شخصياً، إذ نادراً ما كان التاجر المدين يلجأ الى الرهن. حيث كان مجرد عرضه من جانبه على دائنه مدعاة لسحب الثقة منه وعلامة على تزعزع مركزه المالى.

لكن الأمر تبدل بعد أن فاضت الثروة المنقولة وازدادت أهميتها نتيجة للثورة الصناعية ووفرة الانتاج، وبعد أن تطورت نظرة التجار أنفسهم لفكرة الرهن فلم يعد لها فى نظرهم ذلك الوجه القاتم الذى ينذر بالانهيار، ولم يعد طلبه من قبل الدائن دليلاً على ضعف المدين واعساره. لذلك أصبح اللجوء الى الائتمان العينى، ممثلاً فى الرهن، أمراً طبيعياً ووسيله مناسبة عادية يقدمها المدين لأن لدية من الأموال المنقولة الشئ الكثير، ويقبلها الدائن لأنها تزيد من اطمئنانه ويقينه من الحصول على حقوقه.

ولقد نظم التقنين التجارى الجديد أحكام الرهن التجارى للمنقول فى المواد من ١١٩ إلى ١٢٩.

٧٢- تعارض حيازه المنقول مع صالح التجارة ورهن المنقول بلاحيازة:

وإذا كـان المشـرع قـد نظم رهن المنقـول رهناً تجـارياً وبسط من شكلياته واجراءات التنفيذ عليه، فإنه لم يستطع تفادى قاعدة هامة من قواعد رهن المنقول وهى التى تستوجب انتقال حيازة الشئ المرهون من المدين الراهن الى الدائن المرتهن. ولا شك فى أن مثل هذا الانتقال من شأنه حرمان المدين الراهن من أحد الأموال اللازمة لمباشرة تجارته قد تكون له أهميته. كما أنه يثقل الدائن المرتهن بأعباء كثيرة، لعل أهمها واجب حفظ الشئ المرهون والعناية به، ناهيك عن مصروفات انتقال الحيازة وما يستغرقه هذا الانتقال من وقت. لذلك قيل وبحق «أنه فى عالم يعد فيه الزمن عاملاً من عوامل الانتاج، يؤدى تجريد المدين من حيازة الشئ المرهون الى البطء فى سير العمليات، بحيث يصبح الائتمان عدواً للانتاج إذ لا يمكن اكتساب هذا الا على حساب ذالك».

لهذا نشأت فكرة جديدة تهدف إلى تنظيم نوع من رهن المنقول تظل فيه الحيازة للمدين الراهن، وهو نظام احتل مكانة هامة فى القانون التجارى وتعددت صورة وأنواعه، وأخذ به المشرع المصرى فى رهن ا لمحل التجارى ورهن السفينة والطائرة والآلات... الخ.

٧٣- رهن البضائع العادية عن طريق الايداع في المستودعات العامة:

ولما كـان رهن المنقـول يستلزم نقل حيـازتها من المدين الراهن الى الدائن المرتهن، على ما سلف البيان، فلقد ثارت مشكلة عمليات النقل التى يستلزمها الرهن. إذ كـان يجب أن تنتقل البضاعة مرة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن عند نشأة الدين المضمون بالرهن، ومرة أخرى من الدائن الى المدين عند انقضاء هذا الدين. فإذا كانت البضاعة المرهونه ذات أحجام كبيرة أو أوزان ثقيلة، فقد يكلف نقلها وصيانتها وتخزينها وحراستها نفقات باهظه تدنو من قيمة

الدين المضمون، وقد لا يمتلك الدائن المرتهن أو لا يعرف الوسائل التى تكفل له حيازة هذه البضائع حيازة سليمة.

لذلك كان من الضرورى البحث عن وسيلة قانونية لتفادى كل هذه المشكلات. وكشف العمل عن هذه الوسيلة في نص المادة ٢٠٧٦ مدنى فرنسى التى يقابلها نص المادة ١٠٩٦ مدنى مصرى والمادة ١٢٠ تجارى مصرى. فهذه المواد تستلزم أن يسلم المدين الراهن الشئ المرهون الى الدائن المرتهن أو إلى «أجنبى يعينه المتعاقدان». فكأن المدين الراهن، إذا أودع بضاعته عند أجنبى، فإنه يستطيع رهنها لدائنه دون حاجة إلى نقلها. من هنا نشأت فكرة المستودعات العامة وصكوك الايداع والرهن التى تصدرها بحيث يمكن نقل ملكية البضاعة المودعة خالصه أو رهنها دون ان يقتضى الأمر انتقالها من المستودع العام.

٧٤- تقسيم: ثلاث صور للرهن:

نخلص مما سبق ان هناك ثلاث صور للرهن: الأولى، رهن المنقول رهنا حيازياً وهى الصورة الاساسية التى هى بمثابة القاعدة العامة (الفصل الأول). والثانية، هى رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة دون انتقال الحيازة (الفصل الثانى). والثالثة والأخيرة، هى رهن البضائع المودعة فى المستودعات العامة (الفصل الثالث).

الفصل الأول

الرهن التجاري

المتضمن نقل حيازة الشئ المرهون

٧٥- سريان القواعد العامة:

هذا الرهن هو أقرب الصور إلى الرهن المدنى، إذ أنه يتضمن نقل الحيازة. ورغم أن ذلك يتعارض مع صالح التجارة، إلا أنه ما زال يحتفظ ببعض الأهمية بالنسبة لصغار التجار.

هذا الرهن يستند أولاً إلى القواعد العامة فى الرهن الحيازى على المنقول (مواد من ١٠٩٦ إلى ١١١٣ ومن ١١١٧ إلى ١١٢٩ مدنى) وإلى القواعد الخاصة الواردة فى القانون التجارى (مواد من ١١٩ إلى ١٢٩ تجارى). وهى قواعد تهدف إلى تسهيل اجراءات الاحتجاج به على الغير والتنفيذ على الشئ المرهون. أو بعبارة أخرى، هى القواعد التى يدخل بها الرهن إلى «الجو الخاص للحرفة التجارية» الذى سبق أن تكلمنا عنه.

ولن نتناول هنا إلا الأحكام الخاصة التى يقتضيها هذا الجو الخاص، أما القواعد العامة التى يشترك فى الخضوع لها الرهن التجارى والرهن المدنى فلا حاجة بنا إلى الخوض فيها، مكتفين بالاحالة إلى دراسة التأمينانت العينية. فآثار الرهن التجارى، مثلاً، لا تختلف عن آثار الرهن المدنى لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، لذلك لا حاجة بنا إلى تناول هذه الآثار.

أما فيما يتعلق بشروط انعقاد الرهن واثباته وسريانه على الغير، فالقواعد التجارية أيسر. كذلك نجد أن اجراءات التنفيذ على الشئ المرهون تتميز بالسرعة والسهولة، كما سنرى فيما يلى:

٧٦- متي يكون الرهن تجارياً؟

تعرضت المادة ١١٩ تجارى لهذه المسألة عندما نصت على أنه «مع

مراعاة الأحكام التى تنظم أنواعاً خاصة من الرهن التجارى، تسرى أحكام هذا الفصل (الفصل الثالث الخاص بالرهن التجارى) على كل رهن يتقرر على مال منقول ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى المدين».

فهذه المادة تؤكد أن الرهن التجارى هو ذلك الذى يعقد لضمان دين تجارى، بغض النظر عن صفة منشئ الرهن أو المستفيد منه، وعما إذا كانا تجاراً من عدمه. إذ العبرة بصفة الدين بالنسبة للمدين الراهن. وطالما أن صفة الرهن تتوقف على طبيعة الدين المضمون به، فمصدر تجارتيه، إذاً، هى التبعية الموضوعية وليست التبعية الشخصية. بمعنى أن الرهن يكتسب الصفة التجارية إذا تقرر لضمان دين ناشئ عن عمل تجارى والعكس صحيح.

على أنه تطبيقاً للنظرية الشخصية، التى تبناها المشرع بمقتضى المادة الثامنة من تقنين التجارة الجديدة، تعد أعمالاً تجارية جميع الالتزامات الناشئة عن أعمال قام بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. وبالتالى، تنسحب الصفة التجارية إلى الرهن المعقود ضماناً لهذه الالتزامات ما لم يثبت العكس باقامة الدليل على الصفة المدنية لها.

ولا يكاد يوجد خلاف جدى فى ذلك لا فى الفقه ولا فى القضاء الفرنسى أو المصرى.

على أنه لا يمكن أن نطبق على الرهن التجارى نظرية الأعمال التجارية المختلطة، وهى التى تسمح بأن يكون العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد الطرفين ومدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر. ذلك لأن الرهن التجارى، كما رأينا، يقيم نظاماً قانونياً يتوقف على اتخاذ شكليات معينة وتسرى آثاره بالنسبة إلى الغير، مما يقتضى ضرورة تطبيق قواعد واحدة على الرهن. فالعبرة دائماً بالدين المضمون فقط، بحيث يصير الرهن تجارياً إذا كان الدين المضمون تجارياً، وذلك حتى بالنسبة للدائن المرتهن غير التاجر.

المبحث الأول
انعقاد الرهن واثباته وسريانه علي الغير

٧٧- انعقاد الرهن التجاري - سريان القواعد العامة:

تعرف المادة ١٠٩٦ مدنى عقد الرهن بأنه «عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن، أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون».

فعقد الرهن، إذاً، عقد رضائى يكفى فى انعقاده تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين، وليس عقداً عينياً كما كان الحال فى القانون المدنى القديم إذ كان انتقال الحيازة فيه شرطاً لانعقاد العقد. فقد قضى القانون المدنى الجديد على فكرة العقود العينية، وأصبح انتقال الحيازة التزاماً على الراهن، يترتب على انعقاد الرهن صحيحاً، وشرطاً لسريان الرهن على الغير.

وعقد الرهن عقد تبعى، فلابد لصحته من أن يستند إلى التزام صحيح يراد أن يوفر الرهن ضمان تنفيذه. وتنص المادة ١٠٤٠ مدنى على جواز «أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين». ويتوقف مصير الرهن على مصير الدين المضمون فى نشأته وفى بقائه وفى بطلانه وفى انقضائه. وقد رأينا أن صفة الدين المضمون هى التى تحدد ما إذا كان الرهن تجارياً أو مدنياً.

ويجب أن يكون الشئ المرهون مما يدخل فى دائر التعامل Dans le commerce، ومما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى (م ١٠٩٧ مدنى) - فلا يجوز

مثلاً رهن حق السكنى أو حق استعمال ا لعقار (م ٩٩٧ مدنى) – وأن يكون قابلاً للحيازة الحقيقية أو الحيازة المزية، وإلا لما أمكن رهنه رهناً مفيداً (كالدين غير الثابت بالكتابة).

ويجب أن يكون الراهن مالكاً للشئ المرهون، وأن يكون أهلاً للتصرف فيه.

ولا خلاف في كل هذه القواعد بين الرهن التجاري والرهن المدني.

٧٨- اثبات الرهن التجاري وسريانه علي الغير:

ولكن الاختلاف بين قواعد الرهن المدني والرهن التجاري يبدأ عند اثبات الرهن وشروط سريانه علي الغير. ويجب أن نفرق في هذا الصدد بين رهن المنقول المادي ورهن المنقول المعنوي.

٧٨- أولاً: رهن المنقول المادي:

أ – ففيما يتعلق برهن المنقول المادي، نجد أن الاثبات، إذا كان الرهن مدنياً، يخضع للقواعد العامة في الاثبات. فإذا كانت قيمة الشئ المرهون تزيد على ألف جنيه وجب الاثبات بالكتابة. أما بالنسبة للغير فإن المادة ١١١٧ مدني تشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير، إلى جانب ضرورة انتقال الحيازة من يد الراهن إلى يد الدائن المرتهن (أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان)، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ، حتى ولو لم تزد قيمة الشئ المرهون على ألف جنيه، وأن تتضمن هذه الورقة جميع البيانات الكافية لتخصيص الرهن وهي البيانات التي تتعلق بالمبلغ المضمون بالرهن وبالعين المرهونة.

ب– أما فيما يتعلق بالرهن التجاري فقد خرج المشرع عن القواعد العامة الواردة في القانون المدني. فيجوز اثباته فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الاثبات أياً كانت قيمة الدين المضمون بالرهن (م ٢/١٢٢ تجاري). وهذا محض تطبيق لمبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية.

كما لا يشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون عقد الرهن مكتوباً أو أن

تكون الورقة التي يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ (م ١/١٢٢ تجارى). بل يكفي لهذا النفاذ أن تنتقل حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان وأن يبقى الشئ المرهون في حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن (م ١/١٢٠ تجارى).

جـ- مظاهر نقل الحيازة: والهدف من نقل الحيازة هو شهر حق الدائن المرتهن. لذلك يجب أن يكون انتقال الحيازة ظاهراً. وتوضح الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ تجارى معنى حيازة الدائن المرتهن للمنقول المادى، فتنص على أن «يكون الدائن المرتهن أو العدل حائزاً للشئ المرهون في الحالات الآتية: ١- إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير علىَ الاعتقاد أن الشئ صار في حراسته، ٢- إذا تسلم صكاً يمثل الشئ المرهون ويعطى حائزه دون غيره حق تسلمه». فالحيازة، وفقاً لهذا النص، إما أن تكون مادية بوضع الشئ المرهون في حراسة الدائن المرتهن، وإما أن تكون رمزية بتسليم صك يمثل محل الرهن بحيث يكون للدائن دون غيره حق تسلمه بتسليم الصك المشار إليه. والمهم في الحالتين أن يكون نقل الحيازة ظاهراً واضحاً كفيلاً بأن ينبه الغير بوجود حق الدائن المرتهن، وأن تستمر هذه الحيازة. وتلك أمور يتحقق منها قاضي الموضوع.

د- مكنة الاستبدال: وقد يكون محل الرهن قابلاً للتلف أو الهلاك أو يريد المدين الراهن استغلاله، فهل يجوز استبدال محل الرهن واحلال مال آخر محله؟ وهل يعتبر هذا الاستبدال بمثابة انقضاء للرهن القائم وانشاء رهن جديد بدلاً منه؟

أجابت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٢٤ تجارى عن هذه التساؤلات بقولها «١- إذا ترتب الرهن على مال مثلى بقى الرهن قائماً ولو استبدل بالشئ المرهون شئ آخر من نوعه، ٢- وإذا كان الشئ من الأموال غير المثلية جاز للمدين أن يستبدل به غيره بشرط أن يكون متفقاً على ذلك في عقد الرهن وأن

يقبل الدائن المرتهن ا لبدل». فهذه المادة تواجه حالتين مختلفتين رصدت لكل منهما فقرة مستقلة: الحالة الأولى، أجازت فيها الاستبدال، عندما يتقرر الرهن على مال مثلي، دون أن تتطلب أي شرط لوقوعه. فهو استبدال قانوني، إن جاز التعبير. والحالة الثانية، قيدت فيها الاستبدال، عندما يكون محل الرهن مالاً قيمياً، بشروط معينة هي وجود اتفاق على ذلك ابتداء في عقد الرهن ورضاء الدائن المرتهن بالمال المستبدل. فهو استبدال اتفاقي.

وعلة المغايرة بين الحالتين ترجع إلى أن الحالة الأولى محض تطبيق لنظرية الحلول العينى، فلا تحتاج إلى شروط اضافية زيادة على شروط الحلول العينى، أما الحالة الثانية فهي تجسيد لفكرة الالتزام البدلي الذى لا يصح إلا إذا تم الاتفاق عليه ابتداء.

وفى الحالتين لا يؤدى الاستبدال إلى انقضاء حيازة الأموال المستبدلة، وبالتالى انقضاء الرهن المقرر عليها. بل يخضع المال الجديد المستبدل لنفس النظام القانونى الذى كان سارياً على الأموال المستبدلة، فتستمر الحيازة سارية ويظل الرهن المقرر عليها قائماً بالنسبة للمال الجديد.

وجدير بالذكر أنه إذا كان الشئ المرهون، سواء أكان مثلياً أو قيمياً، معرضاً للتلف أو الهلاك، أو كانت صيانته تستلزم نفقات باهظة، ولم يشأ المدين تقديم شئ آخر بدله، جاز لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن أن يطلب، بأمر على عريضة، من القاضى المختص الترخيص له فى بيعه فوراً بأى طريقة يعينها القاضى وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج من البيع (م١٢٨/٢ تجارى) طبقاً لنظرية الحلول العينى.

٧٨- ثانياً: رهن المنقولات غير المادية:

المنقولات غير ا لمادية، أو المعنوية، إما أن تكون حقاً ثابتاً فى صك من الصكوك التجارية، وإما أن تكون حقاً عادياً.

أ - فإذا كان الحق ثابتاً فى صك تجارى، فقد يكون هذا الصك اسمياً أو للأمر أو للحامل: ويتم رهن الحقوق الثابتة فى الصكوك الأسمية، كالسندات والأسهم متى كانت اسمية، بحوالة يذكر فيها إنها على سبيل الرهن ويتم قيدها فى دفاتر الجهة التى أصدرت هذه الصكوك. وينفذ هذا الرهن فى حق المدين دون حاجة إلى اعلانه بالرهن أو قبوله (م١٢١/١ و٣ تجارى). وفيما يتعلق بالصكوك الإذنية أو للأمر، فيتم رهن الحقوق التى تحتويها بالتظهير التأمينى. ويشترط لصحة هذا التظهير أن يكون موقعاً من المدين الراهن على أن يقترن توقيعه بصيغة تفيد الرهن، كعبارة «للرهن» أو «للضمان» أو أى عبارة أخرى تفيد هذا المعنى (م ١٢١/٢ تجارى).

وإذا كان الصك للحامل، فإنه يأخذ حكم المنقول المادى حيث يندمج الحق الذى يمثله فى الصك ذاته. ومن ثم يلزم لنفاذ الرهن على الغير انتقال حيازة الصك عن طريق التسليم إلى الدائن المرتهن (م ١١١٨/١ مدنى).

ب- أما إذا كان الحق عادياً، أى لا يجوز نقله بالمناولة أو بحوالة تقيد فى سجلات أو بالتظهير، فلقد سكت قانون التجارة الجديد، على عكس القانون الملغى، عن حكم الرهن الذى يتقرر عليه. فلا مفر، إذاً، من اخضاعه لقواعد القانون المدنى بالتطبيق لنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من تقنين التجارة الجديد. ومقتضى ذلك أن يتبع فى رهن هذه الحقوق رهناً تجارياً اجراءات حوالة الحق المدنية العادية. وتتلخص هذه الاجراءات فى ضرورة قبول المدين للرهن أو اعلانه به لكى ينفذ فى حقه، وفى وجوب أن يكون هذا الاعلان أو ذلك القبول ثابت التاريخ حتى ينفذ فى حق الغير مع ضرورة حيازة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون (المادتان ٣٠٥ و١١٢٣ مدنى).

ولا يصح التحدى بأنه لا ضرورة لقبول المدين أو اعلانه، ولا لثبوت تاريخ أى منهما، لسريان الرهن على المدين والغير، استناداً إلى نص الفقرة الثالثة من المادة ١٢١ والفقرة الأولى من المادة ١٢٢ تجارى. ذلك أن الفقرة

الثالثة – والتي تقضي بنفاذ الرهن المشار إليه في الفقرتين السابقتين، (الأولى والثانية من المادة ١٢١)، في حق المدين دون حاجة إلى اعلانه بالرهن أو قبوله» – تتعلق فقط برهن الحقوق الثابتة في صكوك اسمية أو لأمر، ولا تنصرف إلى غيرها من الحقوق. أما الفقرة الأولى من المادة ١٢٢ – والتي تنص على أنه «مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة السابقة (أي المادة ١٢١ الخاصة بالحقوق الثابتة في صكوك) لا يشترط لنفاذ الرهن التجاري في حق الغير أن يكون مكتوباً أو أن تكون الورقة التي يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ» – فهي خاصة بعقد الرهن ذاته ولا تمتد إلى إجراءات الاعلان أو القبول التي ينبغي أن تكون ثابتة التاريخ حتى ينفذ الرهن في حق الغير وتحتسب مرتبته من التاريخ الثابت لاعلان المدين أو قبوله.

ومما لا شك فيه أن الحكم بالنسبة لرهن الحقوق العادية فيه نوع من التشدد، خاصة وأن نقل حيازة الصكوك الأسمية ولأمر يكفي – دون ما حاجة إلى اعلان أو قبول، أو ثبوت تاريخ لأي منهما أو للورقة المثبتة للرهن – لنفاذ رهن الحقوق الثابتة فيها في حق المدين والغير. وهذا وضع لا يخلو من غرابة مادام الرهن تجارياً في الحالتين ومادام المقصود هو تشجيع وتسهيل الائتمان التجاري.

جـ- مظاهر انتقال الحيازة في المنقولات المعنوية: ولا تستثنى المنقولات المعنوية من مبدأ وجوب انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن للاحتجاج بالرهن على الغير. والمقصود هنا هو حيازة الصك أو السند المثبت للحق محل الرهن.

وإذا كان من المتصور حيازة هذه الحقوق حيازة مادية بتسليم الصكوك الثابتة فيها، فإن التساؤل قد ثار حول امكانية حيازتها حيازة رمزية. ودون التطرق إلى تفاصيل الخلاف الذي ظهر في الفقه والقضاء حول هذه المسألة، فلقد حسم المشرع هذا الأمر عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٠ تجاري على أن «تنتقل حيازة الحقوق بتسليم الصكوك الثابتة فيها. وإذا كان

الصك مودعاً عند الغير اعتبر تسليم ايصال الايداع بمثابة تسليم الصك ذاته بشرط أن يكون الصك معيناً فى الايصال تعييناً نافياً للجهالة وأن يرضى المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن». ويؤخذ من هذا النص أن المشرع اعترف بالحيازة الرمزية فى رهن الحقوق الثابتة فى صكوك أو سندات ممثلة فى ايصال ايداع هذه الصكوك إذا ما توفرت الشروط التى تطلبها فى هذا الصدد وهى تعيين الصك أو السند فى الإيصال تعييناً نافياً للجهالة، ورضاء المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن.

المبحث الثاني

اجراءات التنفيذ علي الشئ المرهون

٧٩- تبسيط اجراءات التنفيذ علي الشئ المرهون:

بينما تستلزم القواعد العامة لامكان التنفيذ على الشئ المرهون أن يرفع الدائن المرتهن دعوى على المدين الراهن، وأن ينتظر حتى يصبح الحكم نهائياً ليبدأ فى التنفيذ على الشئ المرهون، تقرر المادة ١٢٦ تجارى اجراءات مبسطة بالنسبة للرهن التجارى بقصد التيسير على الدائن المرتهن. وتتحصل هذه الاجراءات فى قيام الدائن، متى حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء به، بتقديم عريضة، بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء، إلى القاضى المختص بالمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدين يطلب فيها الأمر ببيع الشئ المرهون كله أو بعضه. فإذا ما أصدر القاضى أمره بالبيع، فلا يجوز تنفيذه إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذى يجرى فيه البيع وتاريخه وساعته.

ويجرى البيع فى الزمان والمكان اللذين عينهما القاضى وبالمزايدة العلنية، إلا إذا أمر باتباع طريقة أخرى. فإذا كان الشئ المرهون متداولاً فى سوق الأوراق المالية أمر ببيعه فى هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها.

الخلاف قائماً بين الفقهاء حول طبيعة المحل التجارى. ولاشك لدينا أن المحل التجارى، فى الحالة الحاضرة للقانون الوضعى الفرنسى أو المصرى، يعد مالاً داخلاً فى مجموع أموال المدين، ويضمن ديونه جميعاً بلا تفريق.

والذى يعنينا أنه منقول. فالمتفق عليه أن المحل التجارى لا يتضمن عنصراً عقارياً فى المجموعة التى تكون عناصره. وبالتالى فقد كان من المقرر أنه، لكى تم رهن المحل التجارى، قبل القانون الفرنسى الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ أو قبل القانون المصرى رقم ١١ لسنة ١٩٤٠، لابد أن تنقل حيازة المحل التجارى من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن.

٨٢- امكان رهن المحل التجاري بلا نقل حيازة نظراً لامكان تعيينه تعييناً ذاتياً:

وقد كان القضاء الفرنسى يتطلب انتقال حيازة المحل التجارى إلى الدائن المرتهن، كما تقضى القواعد العامة. إلا أنه ما لبث أن تبين أن ذلك من شأنه أن يقضى على كل نشاط التاجر. لذلك انتهت محاكم الاستئناف الفرنسية إلى قبول رهن المحل التجارى مكتفية، فى سريان الرهن على الغير، بنقل الحيازة رمزياً وذلك بأن يسلم المدين الراهن إلى الدائن المرتهن مستندات ملكية عناصر المحل التجارى – كالتصرف القانونى الذى أكسبه الملكية، وعقد الاجارة –، وتطلبت إلى جانب ذلك أن يعلن الرهن للمؤجر.

ولكن اتجاه محاكم الاستئناف لم يلق تأييداً تاماً من المحاكم التجارية الابتدائية الفرنسية. والحق أن رهن المحل التجارى على هذا الوجه، وحتى مع اعلان المؤجر، لم يكن كافياً لاعلان جميع الذين يهمهم أمر هذا الرهن. إذ كان لابد لذلك من تنظيم وسيلة من وسائل العلانية لحماية الغير من الانخداع فى حيازة المدين الظاهرة على المحل التجارى.

ومن ثم لم يكن هناك مفر من تدخل المشرع الفرنسى. وقد كان تدخله فى مبدأ الأمر قاصراً متردداً: ففى أول مارس ١٨٩٨، اكتفى المشرع الفرنسى بتعديل

رهن المحل التجارى أكثر سهولة وأقل خطراً مما هو فى الحقيقة: لذلك تتطلب حكمة التشريع حماية المدين التاجر عن طريق استلزام شروط موضوعية وشكليات تتعلق بانعقاد الرهن وشهره.

هذه الشكليات تعد استثناء على القاعدة العامة فى رضائية العقود التجارية، إلا أنها، كما قلنا عند الكلام عن الأحكام العامة، مرتبطة بأسبابها. فرهن المحل التجارى ليس من العقود اليومية العادية التى يبرمها التاجر فيحتاج فى ابرامها إلى التخلص من القيود. بل هو عقد له خطورته، فيحتاج التاجر فى ابرامه إلى ذات الحماية التى يحتاج إليها غير التاجر.

وسنتناول فيما يلى شرح قواعد القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ فيما يتعلق بالرهن فقط، إذ هو يتعلق ببيع المحال التجارية ورهنها، فنتكلم أولاً عن الشروط الموضوعية والشكلية، ثم عن محل الرهن، وأخيراً عن آثاره.

المبحث الأول

شروط رهن المحل التجاري

٨٤- أولاً: الشروط الموضوعية:

يجب أن تتوفر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة الرهن: توافق الإيجاب والقبول، وصحة الرضاء،وتوفر الأهلية اللازمة لإبرام الرهن بالنسبة للراهن والمرتهن، وملكية الراهن للمال المرهون واستناد الرهن إلى التزام أصلى صحيح.

وتضيف المادة العاشرة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠، إلى هذه الشروط الموضوعية العامة، شرطاً خاصاً برهن المحل التجارى. فهى تنص على أنه «لا يجوز أن يرتهن لدى غير البنوك أو بيوت التسليف التى يرخص لها بذلك وزير التجارة والصناعة بالشروط التى يحددها بقرار يصدره». هذا النص يخول لوزير التجارة والصناعة أن يحدد شخص الدائن والشروط التى يجوز

المودعين وحفظها لحسابهم أو لحساب من تئول إليهم ملكيتها أو حيازتها بمقتضى الصكوك التى تمثلها (م ١/١٣٠ تجارى). ولا يصدق وصف المستودع العام، طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٠ تجارى، إلا على منشأة الاستيداع التى يكون من حقها اصدار صكوك تمثل البضاعة المودعة وتكون قابلة للتداول.

ويخضع انشاء أو استثمار المستودع العام، بالمعنى سالف الذكر، لترخيص مسبق من الجهة الادارية المختصة وفقاً للشروط والأوضاع التى يصدر بشأنها قرار منها (م ٢/١٣٠ تجارى) وفى حالة مخالفة شروط الحصول على الترخيص المشار إليه، يعاقب منشئ المستودَع العام أو مستثمره بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ١/١٤٧ تجارى).

وللمحكمة، فى حالة الحكم بالادانة، أن تأمر باغلاق المستودع وإيداع البضائع الموجودة فيه أحد المستودعات المرخص بها، وذلك على نفقة المحكوم عليه وعلى ذمة تسليمها لأصحابها أو التصرف فيها لحسابهم. وتأمر المحكمة بنشر الحكم شاملاً بيان موقع المستودع الجديد فى صحيفة يومية على نفقة المحكوم عليه (م ٢/١٤٧ تجارى).

وتحوطاً للأخطار التى قد يتعرض لها المستودع العام، فرض المشرع على مستثمر المستودع الالتزام بالتأمين عليه من أخطار الحريق لدى احدى شركات التأمين. ويشمل هذا التأمين، فى ذات الوقت، البضائع الموجودة بالمستودع لحساب الغير (م ١/١٣١ تجارى).

وإذا كان المستودع موجوداً بميناء بحرى أو جوى، وكانت البضاعة الموجودة به مشمولة بتأمين بحرى أو جوى من أخطار الحريق، فإن التأمين البحرى أو الجوى هو وحده الواجب التطبيق لتسوية التعويضات عند تحقق الخطر المؤمن منه خلال مدة سريان التأمين. وبانتهاء هذه المدة، تصبح

البضاعة مشمولة بالتأمين على المستودع. ويسرى نفس الحكم فى حالة عدم كفاية التأمين البحرى أو الجوى لتغطية الضرر الذى أصاب البضاعة (م١٣١/٢تجارى).

٩٣- العلاقة بين المستودع العام والمودعين:

الأصل أن العلاقة بين المودع والمستودع العام هى علاقة وديعة تخضع لقواعد هذا العقد المقررة فى القانون المدنى (المواد من ٧١٨ إلى ٧٢٥). ومع ذلك فقد عنى المشرع التجارى بتنظيم هذه العلاقة، بالنظر لأهمية دور المستودع العام وطبيعته الخاصة التى تميزه عن المودع لديه العادى.

لذلك فإن من أولى التزامات مستَثمر المستودع العام وجوب معاملة المودعين معاملة واحدة، فلا يختص أحدهم برعاية لا يقدمها للآخرين. وعليه أن يهيئ مكاناً لمن يطلب منه الايداع، ويتقاضى من الجميع الرسوم المقررة دون تمييز. وهو لا يستطيع أن يرفض طلب الايداع المقدم إليه إلا لسبب يبرره. كما لو كان فى قبول ايداع البضاعة المقدمة إليه إضرار بالبضائع الأخرى الموجودة بالمستودع، أو كما لو كانت قيمتها من الضآلة بحيث لا تضمن تغطية مصاريف حفظها أو صيانتها، أو إذا لم يكن هناك مكان بالمستودع يتسع لها... إلخ.

وعند تلقى المستودع البضائع المطلوب ايداعها، يجب على المودع أن يقدم للمستودع بيانات صحيحة عن طبيعة هذه البضائع ونوعها ومقدارها وقيمتها (م ١٣٢/١تجارى). وعندئذ يعطيه المستودع ايصال الايداع مرفقاً به صك الرهن. وللمودع فى كل وقت الحق فى فحص البضاعة التى سلمت للمستودع لحسابه وأخذ عينات منها وتمكين الغير من ذلك (م ١٣٢/٢تجارى).

ويكون مستثمر المستودع مسئولاً عن حفظ البضاعة المودعة وصيانتها بما لا يجاوز قيمتها التى قدرها المودع (م ١٣٣/١تجارى). وله أن يطلب من

صكوك تمثل هذه البضائع، وتعين فيها كميتها وصنفها وغير ذلك من البيانات التى تكفل تعيينها على وجه اليقين. وعندئذ تتم حيازة هذه البضاعة بحيازة الصك وتنتقل بانتقاله. فإذا افترضنا أن التاجر المودع يملك مائة قنطار قطن مودعة فى المستودع العام، فإنه يعتبر حائزاً لهذه البضاعة بمجرد حيازته للورقة التى تمثلها. وهو إذا أراد نقل حيازة هذه المائة قنطار إلى تاجر آخر، فإنه لا يحتاج إلى عربات النقل ولا إلى عمال الشحن والتفريغ ولا يتعرض لمخاطر الطريق، وإنما هو ينقل المائة قنطار بحركة هينة من يده عندما ينقل حيازة الورقة إلى التاجر الآخر.

والذى لابد أن نلحظه، فى هذا الصدد، هو أن دور المستودع العام الذى يصدر الصكوك الممثلة للبضاعة قد تجاوز دور «الحائز الأجنبى الذى يعينه المتعاقدان» والذى تشير إليه المادتان ١٠٩٦ مدنى و١٢٠ تجارى. فهو لم يعد حائزاً للبضاعة إلا حيازة عرضية مادية بحتة لحساب الحائز القانونى الذى يحوز الصك الممثل لها، أياً كان شخص هذا الحائز. وبذلك يدخل رهن البضاعة المودعة فى المستودع العام مرة أخرى فى نطاق القواعد العامة لرهن المنقول المادى، لا عند أجنبى يعينه المتعاقدان، وإنما بنقل الحيازة الرمزية للبضائع إلى الدائن المرتهن ذاته. فإذا انقضى الرهن لسبب من الأسباب وتعين أن ينقل الدائن المرتهن حيازة البضاعة مرة أخرى إلى المدين الراهن، فإنه يفعل ذلك بنقل حيازة الصك إليه.

وليس ثم ما يمنع، وقد بلغ نقل حيازة البضائع بفضل المستودع العام هذا القدر من اليسر، أن يتم تداولها من يد إلى يد بذات السهولة التى يتم بها تداول الأوراق التجارية. وذلك بأن نضيف إلى هذا الصك شرط الإذن، فيمكن تداوله بالتظهير، ويتمتع بمزايا قانون الصرف، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٦٥ من قانون التجارة الجديد.

٩١- أهمية تنظيم المستودع العام لكي يؤدي دوره في رهن البضائع:

على أنه من الواضح أن المستودع العام لا يمكن أن يؤدى دوره فى رهن

البضائع إلا إذا توفرت فيه الضمانات الكافية. هذه الضمانات لا يكفلها للمودعين بطبيعة الحال إلا تنظيم واع واشراف دقيق على حسن قيام المستودع العام بحفظ البضاعة، واحترامه لصاحب الحق فيها أياً كان. فبغير ذلك التنظيم وهذا الاشراف لا يمكن أن يطمئن تاجر إلى ارتهان البضاعة الموجودة فيه بهذه السهولة المرجوة.

والتاريخ التشريعى للمستودعات العامة يرينا إلى أى حد تفشل أو تنجح المستودعات العامة حسبما يفشل أو ينجح المشرع فى توفير الضمانات لحماية البضاعة المودعة لصالح المودعين والدائنين على السواء. فقد اقتبست فرنسا نظام المستودعات الانجليزية Docks بقرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨، وتطور تنظيم المستودعات العامة فيها فى تجارب تشريعية مختلفة حتى انتهى إلى الإصلاح الشامل في أعقاب الحرب العالمية الثانية. حيث أعاد المشرع الفرنسى تنظيم المستودعات العامة بالمرسوم الصادر في ٦ أغسطس ١٩٤٥، فأكد الاشراف الادارى على المستودعات العامة وعلى مستغليها، وأخضع انشاء المستودع العام لإذن ادارى سابق، ثم لاشراف ادارى مستمر.

ولم ينظم المشرع المصرى عمليات الايداع فى المستودعات العامة إلا بمقتضى تقنين التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذى خصص الفصل الرابع من الباب الثانى منه لهذا النشاط الهام.

وسنتناول فيما يلى قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة (المبحث الأول)، ثم الصكوك التى تصدرها (المبحث الثانى).

المبحث الأول

قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة

٩٢- تعريف المستودع العام وقواعد انشائه:

المستودع العام منشأة يخصصها مالكها أو مستثمرها لتسلم بضاعة

الفصل الثالث

صكوك الرهن التي تصدرها المستودعات العامة

٩٠- فكرة المستودع العام ودوره في رهن البضائع:

المستودع العام منشأة تهيئ بناء أو مكاناً فسيحاً يعد اعداداً صالحاً لأن تودع فيه البضائع. فالأصل فى المستودع العام أنه يقوم بدور المودع لديه، فيؤدى خدمات الحفظ والصيانة للمودعين. وهى خدمات مادية لها قيمتها، ولا سيما بعد الثورة الصناعية التى أدت إلى الوفرة الهائلة فى الانتاج. إذ أصبح من العسير على التجار أن يقوموا بأنفسهم بحيازة وصيانة البضائع التى يتجرون فيها.

على أن فكرة المستودع العام، إذا كان من شأنها أن تخلص التاجر من متاعب حيازة البضاعة من الناحية المادية، فإن من شأنها أيضاً أن تخلصه من العقبات التى تثيرها الحيازة القانونية وأهمها ما يتعلق برهن البضائع.

فالبضائع تدخل فى طائفة المنقولات المادية التى لا تتضمن عناصر تعيين ذاتية، وبالتالى لا يمكن أن يتم رهنها إلا بنقل حيازتها من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى «أجنبى يعينه المتعاقدان»، والمستودع العام هو ذلك الأجنبى الذى تعينه ضرورة الالتجاء إليه لحفظ البضاعة، قبل أن يعينه الراهن والمرتهن لحيازتها. فيكفى حينئذ أن يخطره المدين الراهن والدائن المرتهن بحق هذا الأخير، فيقيده المستودع العام فى السجل الخاص لذلك، فيتمكن ذوو المصلحة، بالرجوع إليه، من العلم بما يثقل هذه البضاعة من حقوق.

أكثر من ذلك، إذا توفرت فى هذا المستودع العام ضمانات كافية، تحمل على الثقة به – من ناحية الحفظ المادى للبضاعة (صيانتها) والحفظ القانونى لها (فلا يتصرف فيها أو ينقل حيازتها إلا لصاحب الحق القانونى فيها وبالشروط القانونية) – فإنه يستطيع أن يخلص أصحاب الشأن من كل اجراء يتعلق بحيازة هذه البضائع ويؤدى إلى تعطيل سير العملية القانونية عليها، وذلك باصدار

الغير الحائزين له، تمهيداً لبيعه ومباشرة حقه في الأولوية عند استيفاء دينه من الثمن. ولا يستطيع الحائز حسن النية أن يحتج بحيازته لأن في مقدوره أن يعلم من السجل كافة القيود والحقوق التي تثقل المحل التجاري. وإذا كان هذا الحائز يحوز المحل التجاري، بما فيه من عناصر معنوية أو مادية، فإنه لا يستطيع أن يحتج بحيازته حتى بالنسبة للمنقولات المادية كالمهمات والأثاث التجاري «لأن التتبع لا يرد عليها على انفـراد، وإنما بوصفها جزءاً من المتجر». ولكن إذا تصرف المدين في هذه العناصر المادية على انفراد، فإنها تصبح ملكاً للمشتري حسن النية ملكية خالصة من القيود. إذ من الطبيعي أن يتمسك الحائز بقاعدة الحيازة، لأن الأمـر لا يتعلق في هذه الحالة بمحل تجاري، بل بمنقولات مادية مستقلة لا تخضع لقواعد الشهر أو القيد.

٨٩- اجراءات التنفيذ علي المحل التجاري المرهون:

ويتدخل المشرع عند التنفيذ على المحل التجاري المرهـون ليضع اجراءات تضمنتها المـادة ١٤. هذه الاجراءات خاصة بالتنفيذ الذي يباشـره الدائن المرتهن على المحل التجاري والبائع الذي لم يستوف الثمن. أما غيرهم من الدائنين فلابد أن يقوم باجراءات الحجز العادية وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات.

وتتلخص اجراءات المادة ١٤ في أن ينبـه الدائن المرتهن رسـميـاً على المدين الراهن بالوفاء، فإذا مضت ثمانية أيام دون وفاء فإنه يقدم عريضة إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب الإذن ببيع المقومات المرهونة بالمزاد العلني. ويكون البيع في المكان واليوم والساعة وبالطريقة التي يعينها القاضي. على أنه يجب أن يذاع البيع قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل بطريق النشر واللصق. وتعلن صورة من هذه الاعلانات قبل البيع بخمسة أيام على الأقل لمالك المكان وللدائنين المرتهنين المقيدين في محالهم المختارة المبينة في قيودهم.

تكون بحسب تاريخ القيد أيضاً. على أنه إذا تم القيد في يوم واحد كانت مرتبة الرهن العقارى مقدمة على مرتبة رهن المحل التجارى (م ١٦).

أما عند تزاحم الدائن المرتهن مع مؤجر المكان الذى يوجد به الأثاث والآلات المرهونة التى تستعمل فى استغلال المحل التجارى، فإن هذا المؤجر لا يباشر امتيازه، فى مواجهة الدائن المرتهن، لأكثر من قيمة ايجار سنتين (م١٧).

وقد يتعرض الدائن المرتهن لخطر اقدام مؤجر المكان الذى يوجد به المحل التجارى على فسخ الايجار، وذلك فى حالة ما إذا تأخر المستأجر، وهو المدين الراهن، فى دفع الأجرة. وقد نصت المادة ٢٦، حماية للدائن المرتهن، على ضرورة أن يقوم المؤجر باخطاره برغبته فى الفسخ، وذلك فى محل الدائن المرتهن المذكور فى قيد الرهن؛ وإنما بشرط أن يكون الدائن المرتهن قد سبق له أن أبلغ المؤجر كتابة بوجود الرهن. ولا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ قبل شهر من تاريخ هذا الاخطار، وذلك حتى تهيء الفرصة للدائن المرتهن لأن يقوم بسداد الأجرة المطلوبة فيتجنب الفسخ. كذلك لا يصح الفسخ بالتراضى أو بحكم القانون إلا بعد شهر من تاريخ اخطار الدائن المقيد فى محله المختار (م٢/٢٦).

وتضمن مرتبة الرهن أصل الدين المضمون وفوائده لمدة سنتين (م ٢٣). وحق الدائن المرتهن لا يتجزأ، فيظل الرهن قائماً إلى حين تسديد الدين المضمون جميعه. فلا يؤدى الوفاء الجزئى إلى سقوط الرهن عن جزء مقابل من المحل التجارى المرهون. وينتقل حق الدائن المرتهن فى الأولوية بنفس المرتبة إلى المبالغ الناشئة عن التأمين على المحل التجارى إذا تحقق سبب استحقاقها (م ١٥).

وينقضى حق الدائن المرتهن بانقضاء الدين المضمون، أو بالتنازل عن الرهن، أو بعدم تجديد القيد فى المواعيد المقررة.

ب) أما عن حق التتبع، فهو يسمح للدائن المرتهن بالحجز على المتجر تحت يد

يوماً التالية، ونشأ عن نقل المحل التجارى المرهون انقاص لقيمته، يصبح الدين واجب الأداء فوراً، وكذلك الحال إذا نقل المحل دون اخطار سابق.

وأخيراً فإن المدين الراهن يتعرض، عند اقدامه على رهن المحل التجارى، لخطر سقوط آجال بعض الديون العادية. فقد نصت المادة ٢٥ على أن «للدائنين السابقين على قيد الرهن متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجارى أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد». والدائن العادى الذى يطالب بدينه قبل حلول أجله استناداً إلى هذا النص لابد أن تتوفر فيه شروط ثلاثة:

١- أن يكون دينه قد نشأ فى وقت سابق على قيد الرهن.

٢- أن يكون دينه مرتبطاً باستغلال المحل التجارى المرهون.

٣- أن يصيبه ضرر من رهن المحل ا لتجارى. وتلك مسألة يقدرها قاضى الموضوع فى نطاق سلطته التقديرية.

٨٨- آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن:

لا تنتقل حيازة المحل التجارى إلى الدائن المرتهن. ولكن ذلك لا يؤثر فى وجود حقه ولا فى سريانه على الغير مادام قد قيد رهنه وفقاً للقواعد المقررة. فلا يستطيع الحائز للمتجر، حتى ولو كان حسن النية لا يعلم بحق الدائن المرتهن، أن يتمسك فى مواجهته بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية». فللدائن المرتهن، فضلاً عن حق الأولوية، حق التتبع.

أ) فأما عن حق الأولوية، فإنها تكون بحسب تاريخ القيد. فإذا تعدد الدائنون المرتهنون، فالأسبق من بينهم هو الأسبق فى قيد رهنه. أما الدائنون المرتهنون المقيدون فى يوم واحد فلهم مرتبة واحدة. وفى الحالة التى يكون فيها أحد عناصر ا لمحل التجارى، كالآثاث والمهمات، مرهوناً بصفته عقاراً بالتخصيص، فإن الأولوية بين مرتهن العقار وبين مرتهن المحل التجارى

٨٧- آثار الرهن بالنسبة للراهن:

يظل المدين على رأس تجارته في محله التجاري يستثمره الاستثمار العادي فلا يتخلى عنه للدائن المرتهن ولا لغيره. ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتدخل أو يشرف على الاستثمار إلا إذا تضمن الاتفاق نصاً يخول له ذلك. كذلك يستطيع المدين أن يتصرف في المحل التجاري بالبيع أو بترتيب رهون أخرى، ولا يضار الدائن المرتهن من ذلك لأن حقه مضمون بحق التقدم والتتبع.

على أن حق الدائن المرتهن على المحل التجاري يقيد الراهن، مع ذلك، بالالتزامات اللازمة لحفظ هذا الحق. فتنص المادة ١٣ على أن «المدين الذى يرهن طبقاً لأحكام هذا القانون مسئول عن حفظ الأشياء المرهونة بحالة جيدة دون أن يكون له الحق فى الرجوع على الدائن بشئ فى مقابل ذلك». وتنص المادة ١٨ مكررة على أن كل «من بدد أو أتلف عمداً إضراراً بالغير مهمات أو آلات أو أثاث المحل التجارى المرهونة منه طبقاً لهذا القانون يعاقب بالعقوبة المقررة فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات».

واخلال المدين بواجبه في المحافظة على عناصر المحل التجارى المرهونة يؤدى كذلك إلى سقوط أجل الدين المضمون بالرهن تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١/٢٧٣ مدنى والتى تسقط حق المدين فى الأجل «إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون». وقد يعتبر نقل المحل التجارى من مكان إلى آخر من قبيل اضعاف التأمينات، لما قد يؤدى إليه النقل من هبوط قيمة المحل التجارى. لذلك توجب المادة ٢٤ على المدين الراهن، الذي يرغب فى نقل المحل التجارى أو الأثاث أو الآلات التي تستعمل في استغلاله، أن يخطر الدائن المرتهن بخطاب موصى عليه فى ميعاد شهر على الأقل قبل النقل. فإذا أبدى الدائن عدم موافقته على النقل، بخطاب موصى عليه فى خلال الخمسة عشر

وإذا كان لا يجوز للمدين الراهن أن يرهن عناصر تخرج عما ورد في المادة ١/٩، فلا شئ يمنعه من أن يقتصر على رهن بعض المقومات الواردة في هذه المادة للدائن المرتهن دون البعض الآخر. «ومع ذلك يجب أن تكون المقومات التي يقع عليها اختيارهما كافية لتكوين فكرة المتجر».

أما إذا سكت المتعاقدان، فلم يعينا عناصر المتجر التي يشملها الرهن، فإن المادة ٢/٩ تكمل هذا النقص فترى في هذه الحالة أن الرهن لا يقع إلا على العنوان والاسم التجاري والحق في الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية. وهي العناصر المعنوية في المحل التجاري، ويجمعها أنها العناصر التي تكون قدرة المحل بصفة عامة على اجتذاب العملاء.

المبحث الثالث

آثار الرهن

٨٦- قربها من آثار الرهن الرسمي على العقار:

آثار رهن المحل التجاري أقرب إلى آثار الرهن الرسمي على العقار منها إلى رهن المنقول: لذلك يرى بعض الفقهاء أنه يجب أن نسترشد، في تطبيق القانون الخاص برهن المحل التجاري، بالأحكام الواردة في القانون المدني بشأن الرهن الرسمي. بينما ينتقد البعض هذا الاتجاه لأنه يجب ألا ننسى أن المحل التجاري يظل مع ذلك منقولاً. ولا شك لدينا في صحة الرأي الأول، لأن الذي يفرق بين العقار والمنقول، فيما يتعلق بالرهن، هو ضرورة نقل حيازة المنقول لشهر الرهن عليه. وقد رأينا أن المحل التجاري، لما له من صفات تعيين ذاتية، يشترك مع العقار في امكان رهنه دون نقل حيازة، مع مراعاة ذات الوسيلة المرعية في شهر الرهن الرسمي على العقار.

وسوف نتكلم عن آثار الرهن بالنسبة للراهن والدائن للمرتهن، ثم عن اجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون.

المبحث الثاني

محـــل الرهـــن

٨٥- تحديد المقومات التي يشملها الرهن:

الأصل أن موضوع الرهن هو المحل التجارى. ولكن المحل التجارى، كما رأينا، مجموعة من الأموال المادية والمعنوية. لذلك تتولى المادة ٩ تحديد المقومات التى يشملها الرهن، فتنص على أن «رهن المحل التجارى يجوز أن يشمل ما يأتى: العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأثاث التجارى والمهمات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل ولو صارت عقاراً بالتخصيص، والعلامات التجارية والرخص والإجازات وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة به».

هذا التعداد وارد على سبيل الحصر، فلا يجوز أن يشمل الرهن من المقومات ما يخرج عما عددته المادة ١/٩ . فكأنها استبعدت البضائع من نطاق الرهن. ووراء هذا الاستبعاد عدة أسباب: فقد قصد المشرع من اقصاء السلع، كما أوضحت المذكرة التفسيرية، أن يحتفظ بها حرة فتظل ضماناً عاماً للدائنين العاديين الذين يعتمدون على البضاعة الموجودة فى المتجر ولا يلجأون عادة إلى الاطلاع على قيود الرهن لتقدير ملاءة المدين. إلا أن هناك أسباباً فنية أخرى: فالبضائع معدة للبيع بطبيعتها ولا يمكن للمدين الراهن أن يحتفظ بها بعيداً عن التداول وإلا توقف نشاطه. وأخيراً فالبضائع منقولات مادية سهلة الانفصال عن المحل التجارى المرهون، وهي إذا انفصلت عنه أصبحت كسائر المنقولات المادية التى يستند حائزها إلى قاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية». ولا يمكن من الناحية القانونية ولا من الناحية العملية أن نجعل للدائن المرتهن حق تتبع على البضائع إذا خرجت من حيازة المدين إلى مشتر حسن النية.

وإذا اشتمل رهن المحل التجارى على علامة تجارية، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد التأشير والاشهار المنصوص عليهما بالمادة ٢٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية (م ١٩ مكررة).

ويتم القيد بنسخ البيانات الواردة بالحافظة بالسجل الخاص، ويرد مكتب السجل التجارى احدى نسختى الحافظة للطالب مؤشراً بما يفيد اجراء القيد مع ذكر تاريخه ورقمه. ويحتفظ مكتب السجل التجارى بصورة طبق الأصل من كل عقد يودع لديه طبقاً لأحكام المادتين ١٩ و٢٠ (م ٢١).

وإذا حدث أي تغيير أو تعديل فى البيانات المنصوص عليها فى المادة ١٩، فعلى الدائن المرتهن أن يطلب اثباته طبقاً للأوضاع التى تقررها اللائحة التى توضع لتنفيذ هذا القانون (م ٢٠).

والقيد، على التفصيل السابق، لا يحفظ مرتبة الرهن إلا لمدة خمس سنوات من تاريخه، ويعتبر لاغياً إذا لم يجدد خلال هذه المدة (م ٢٣).

وأخيراً فإن المادتين ٢٧ و٢٨ تواجهان حالة محو القيد، ويكون ذلك بتراضى أصحاب الشأن فى القيد إذا كانت لهم الأهلية المطلوبة لاجرائه أو بمقتضى حكم حاز قوة الشئ المحكوم به. ولا يجرى الشطب الكلى أو الجزئى فى الحالة التى لا يكون قد صدر بها حكم إلا إذا أودع الطالب عقداً رسمياً يثبت رضاء الدائن أو من تلقى الحق عنه. ويشطب التأشير برهن العلامة الحاصل طبقاً لنص المادة ٢٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية بناء على شهادة دالة على شطب القيد.

ويحصل الشطب بتدوين بيان به فى هامش القيد، وتعطى شهادة بذلك لمن يطلبها من المتعاقدين (م ٢٨).

العرفية العادية، وإنما يتطلب إما كتابة رسمية وإما التصديق على التوقيعات، وهو اجراء كفيل بأن يشعر التاجر بخطورة ما هو مقدم عليه.

ويجب أن تشتمل هذه الكتابة على البيانات الكافية لتوضيح حالة المحل الائتمانية، كقيام امتياز البائع أو وجود حق عيني آخر، حتى يكون الدائن على بينة بالحقوق التى قد يحتج بها فى مواجهته.

ب) أما بالنسبة إلى شهر الرهن، فتنص الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة ١١ على أنه «يشهر عقد الرهن بقيده فى سجل يخصص لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة أو المديرية التى يوجد فى دائرتها المحل التجارى. وإذا شمل الرهن فرعاً للمحل التجارى أو أثاثاً أو آلات توجد فى دائرة محافظة أو مديرية أخرى وجب القيد أيضاً فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة أو المديرية التى توجد فى دائرتها هذه الأشياء».

والقيد فى السجل التجارى، كنقل الحيازة فى المنقول العادى، هو شرط سريان الرهن فى حق الغير. فبفضل هذا القيد يستطيع الغير، رغم استمرار المدين الراهن فى حيازته واستثماره لمتجره، أن يعلم بحق الدائن المرتهن وبالقيمة الائتمانية الحقيقية للمحل التجارى. إذ تجيز المادة ٢٩ من القانون المشار إليه لأى شخص، بشرط أن يدفع مقدماً الرسوم المقررة، أن يحصل من مكتب السجل التجارى المختص على صورة رسمية للقيود المثبتة فى السجل، فإذا لم توجد قيود أعطى مكتب السجل شهادة بعدم وجود قيد.

وقد اهتم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ بتنظيم القيد كوسيلة من وسائل الشهر. فالمادة ١/١٢ تنص على أنه يجب اجراء القيد فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العقد وإلا كان باطلاً، وذلك حتى لا يفاجأ الغير المتعاقد مع صاحب المحل التجارى بوجود رهن سابق لم يكن مقيداً وقت التعاقد. وتفصل المادة ١٩ اجراءات القيد والبيانات التى يجب أن يتضمنها.

الرهن على أساسها، وبالتالى يسيطر على عقود رهن المحل التجارى بقراراته التنظيمية.

فنحن نلتقى هنا بصورة من صور تدخل القانون العام لحماية التاجر الذى يرى المشرع أنه غير كفء لمصالحه. وقد قدر المشرع أن التاجر الذى تضطره حاجته إلى رهن محله التجارى لابد وأن تضطره هذه الحاجة إلى التهاون فى شروط هذا الرهن، وتلك فرصة المرابين. لذلك فإن الوزير المختص يتخير لهذا التاجر الضعيف، الدائن الذى يمنعه مركزه الوطيد من أن يهبط إلى محاولة استغلال ظرفه السيئ.

والحكم الوارد بالمادة ١٠ حكم آمر يتعلق بالنظام العام، يلقى تجاوزه برهن المحل التجارى إلى هوة البطلان المطلق.

٨٤- ثانياً: الشروط الشكلية:

تنص المادة ١/١١ و٢ من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ على أنه «يثبت الرهن بعقد رسمي أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على التوقيعات أو أختام المتعاقدين. ويجب أن يشتمل العقد على تصريح من المدين عن قيام امتياز البائع على الشئ المرهون أو خلوه منه وعن وجود أى حق عينى عليه بوصفه عقاراً بالتخصيص، ويجب كذلك أن يشتمل على اسم الشركة التى أمن عليه لديها ضد خطر الحريق».

أ) والكتابة التى تتطلبها المادة ١١ ليست شرطاً للإثبات، كما قد يبدو من ظاهر النص، وإنما هى شرط فى الانعقاد. ولقد أكدت هذا المعنى صراحة المادة ٣٧ تجارى حيث تنص فى فقرتها الأولى على أن «كل تصرف يكون موضوعة نقل ملكية المتجر أو انشاء حق عينى عليه ... يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً». فعقد رهن المحل التجارى عقد شكلى. ولا شك أن اشتراط الكتابة أمر يقتضيه ضرورة شهر عقد الرهن. إلا أن النص لا يكتفى بالكتابة

القاضي المختص، بالمحكمة التي يقع في دائرتها المستودع، اصدار أمر علي عريضة ببيع البضاعة المودعة إذا كانت مهددة بتلف سريع. ويعين القاضي كيفية اجراء البيع والتصرف في الثمن (م ١٣٤تجارى).

ومسئولية المستودع عن البضائع المودعة أشد وطأة من تلك التي تقررها القواعد العامة. فهي مسئولية مفترضة لا يكفي لنفيها إقامة الدليل على أنه بذل من العناية في حفظها وصيانتها ما يبذله في حفظ ماله (م ١/٧٢٠ مدنى)، بل يتعين عليه لتبرئة ساحته إقامة الدليل على أن ما لحق بالبضاعة من تلف أو هلاك أو نقص ناشئاً عن قوة قاهرة أو طبيعة البضاعة أو عيب ذاتي فيها أو في كيفية تعبئتها أو حزمها (م ٢/١٣٣ تجارى).

ولا شك أن مثل هذه المسئولية قد تكون كبيرة إذا نظرنا إلى ضخامة كمية البضائع والأشياء التي يتلقاها المستودع، وإلى أن التزامه لا يقتصر على الحفظ بل يمتد إلى الصيانة بما تقتضيه من أن يقدم لكل صنف من ا لبضائع المودعة ما يناسبها من العناية اليومية التي تكفل حفظها في حالة جيدة. ولكن هذه المسئولية الكبيرة هي وحدها الكفيلة بأن تشجع التجار على ايداع بضائعهم، وتؤدى إلى إتمام العمليات القانونية على هذه البضائع بالسرعة والسهولة الموجوة وبمجرد نقل حيازة الصكوك الممثلة لها.

ولم يتضمن تقنين التجارة الجديد نصاً مماثلاً لنص المادة السابعة، من مرسوم ٦ أغسطس لعام ١٩٤٥ بتنظيم المخازن العامة في فرنسا، الذي يحظر على مستثمر المستودع العام أن يمارس - بطريق مباشر أو غير مباشر، لذمته أو لذمة الغير، وسواء على وجه الوكالة بالعمولة أو على أي وجه آخر - الاتجار أو المضاربة في أنواع البضائع المرخص له أن يصدر عنها صكوك ايداع أو رهن. وهذا نقص كان ينبغي على المشرع المصرى أن يفطن إليه، خاصة وإن العلة من الحظر هي منع المستودع، عندما يحوز كميات كبيرة من البضائع، من التدخل للتأثير على الأسواق والمضاربة بحقوق المودعين والدائنين على السواء.

ولا شك في إمكان تكملة هذا النقص بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وبخاصة الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ التي تقضي بأنه ليس له (أي المودع لديه) أن يستعملها (أي الوديعة) دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً.

ورغم الحظر المشار إليه، فلا شئ يمنع مستثمر المستودع من أن يقدم قروضاً للمودع برهن البضاعة المودعة لديه، ومن ثم التعامل بصك الرهن الذي يمثلها (م ٢/١٣٥ تجاري).

هذا وللمودع أن يتعامل على البضاعة المودعة لحسابه بالبيع والرهن وغيرها من التصرفات بموجب الصكوك التي تمثلها والتي يصدرها المستودع العام (م ٢/١٣٥ تجاري).

كما أن للمودع تجزئة البضاعة المودعة إلى مجموعات متعددة والحصول على إيصال ايداع وصك رهن عن كل مجموعة منها (م ٣/١٣٦ تجاري).

وإذا لم يسترد المودع البضاعة عند انتهاء عقد الايداع جاز لمستثمر المستودع طلب بيعها باتباع الاجراءات المنصوص عليها في شأن الرهن التجاري، ويستوفي من حصيلة البيع المبالغ المستحقة له، ويسلم الباقي إلى المودع أو يودعه خزانة المحكمة المختصة (م ١/١٤٦ تجاري). ويسري نفس الحكم إذا كان عقد الايداع غير محدد المدة، وانقضت سنة دون أن يطلب المودع استرداد البضاعة أو يبدي رغبته في استمرار عقد الايداع (م ٢/١٤٦ تجاري).

المبحث الثاني

الصكوك التي يصدرها المستودع العام

٩٤- الصك المزدوج - إيصال الايداع وصك الرهن Récépissé-Warrant :

عندما تكفل قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة حفظ البضاعة المودعة وصيانتها، وتعيين محل وجودها على وجه اليقين، وتؤمن لذوي الشأن

يسحب البضاعة من المستودع العام. وتلك نتيجة مباشرة لتمثيل الصك للبضاعة. لذلك فإن هناك طريقة مختصرة لنقل ملكية البضاعة عند تحرير الصك المزدوج، بأن يذكر المودع اسم من يريد أن ينقل إليه ملكية الصك مباشرة، فيتم الايداع باسم هذا الأخير، ويكون ذلك بمثابة نقل ملكية البضاعة إليه. أما إذا أراد المودع أن ينقل ملكية البضاعة بعد تحرير الصك المزدوج، فإن ذلك يتم بطريق التظهير.

على أن تداول الصك المزدوج عن طريق التظهير فيه تفصيل: فصاحب البضاعة إما أن يقوم بتظهير الصك المزدوج، وإما أن يفصل صك الرهن عن صك الايداع، ويظهر أحدهما دون الآخر (م ١٣٨/٢ تجارى).

٩٥- تظهير صك الايداع متصلاً بصك الرهن:

إذا قام المودع بتظهير صك الايداع وصك الرهن معاً، أى الصك المزدوج، فمعنى ذلك أنه ينقل ملكية البضاعة خالية من الرهون. فإذا كان ذلك التظهير قد ترتب – كما هو الحال غالباً – على بيع البضاعة للمظهر إليه، فإن المشترى يعتبر أنه قد تسلم البضاعة بتسلمه الصك المزدوج الذى ظهره إليه البائع. إذا أنه يصبح وحده صاحب الحق فى سحب البضاعة متى شاء من المستودع العام. وله أن يطمئن إلى خلو البضاعة من الرهن، لأن اتصال صك الرهن بصك الايداع معناه أن المودع لم يسبق له رهن البضاعة.

٩٦- تظهير صك الرهن منفصلاً عن صك الايداع:

أما إذا أراد المودع أن يرهن البضاعة مع احتفاظه بملكيتها، فلابد له من أن يفصل الصكين. فيحتفظ بصك الايداع، ويقوم بتظهير صك الرهن إلى الدائن المرتهن، وعندئذ فقط ينشأ صك الرهن Le Warrant بشكل مستقل.

لذلك يجب أن نتنبه إلى معنى التظهير الأول لصك الرهن. فهذا التظهير الأول عنصر من عناصر خلق صك الرهن، وليس تظهيراً لصك سبق له

مباشرة حقوقهم عليها دون عائق، فإنه لا يبقى - لكي يمكن تداول هذه البضائع أو رهنها - إلا أن يصدر المستودع العام صكوكاً تمثلها. فيكون حائزها حائزاً قانونياً للبضاعة المودعة، بحيث يستطيع أن ينقل ملكيتها أو أن يرهنها بنقل ملكية الصك الممثل لها أو برهنه.

ولقد أخذ تقنين التجارة الجديد، نقلاً عن القانون الفرنسي، نظام الصك المزدوج للايداع والرهن. فالزم المستودع أن يسلم المودع ايصال ايداع مرفقاً به صك رهن يشتملان على بيانات معينة (م ١٣٦/١ و٢ تجارى)، مع احتفاظ المستودع بصورة طبق الأصل من ايصال الايداع وصك الرهن (م ١٣٦/٤ تجارى).

ويجوز أن يصدر ايصال الايداع أو صك الرهن باسم المودع أو لأمره، بمعنى أن هذا الصك المزدوج قد يكون اسمياً أو إذنياً (م ١٣٨/١ تجارى). وإذا كان ايصال الايداع أو صك الرهن لأمر المودع جاز لهذا الأخير التنازل عنهما بالتظهير متصلين أو منفصلين (م ١٣٨/٢ تجارى). ويترتب على هذا التظهير نفس آثار تظهير الورقة التجارية وخاصة تطهير الدفوع (م ٦٥ تجارى).

ويجب أن يتضمن كل من الايصال والصك البيانات الالزامية التى عددتها الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ تجارى، وهي: اسم المودع ومهنته وموطنه، ونوع البضاعة وطبيعتها وكميتها وغير ذلك من البيانات اللازمة لتعيين ذاتيتها وقيمتها، واسم المستودع المودعة فيه البضاعة، واسم الشركة المؤمنة على المستودع، وما إذا كانت قد دفعت عنها الرسوم والضرائب المستحقة من عدمه.

وتذكرنا هذه البيانات الشكلية بالشكلية فى الأوراق التجارية، وسرها فى الحالتين واحد: هو إنها ضرورية لادماج الحق فى الصك الذى يمثله ادماجاً يصل إلى مرتبة اليقين فى أن هذا يمثل ذاك. إذ أن ذلك يقتضى أن يتضمن الصك جميع البيانات التى تحقق هذا التمثيل على وجه لا يحتمل الخطأ.

والمودع المذكور اسمه على الصك المزدوج هو وحده الذى يستطيع أن

اكتمال عناصر وجوده. وبعبارة أخرى لا يعد صك الرهن موجوداً قبل التظهير الأول، وإنما يتم به هذا الوجود.

فصك الرهن، قبل انفصاله عن صك الايداع، ليس له كيان مستقل. وتظهيره متصلاً بصك الايداع لا يعني إلا أن المودع لم يحاول أن يبعث هذا الكيان المستقل، فقام بنقل ملكية البضاعة التي يمثلها الصك المزدوج خالية من الرهن.

أما إذا قام المودع بفصل صك الرهن عن صك الايداع، فقد عبر بذلك عن ارادته في أن يخلق صك الرهن. ولكن هذا الخلق لا يكتمل إلا بالتظهير الأول. فبيانات التظهير بيانات انشائية لابد من توفرها لتكوين صك الرهن. لذلك نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ تجاري على وجوب اشتمال التظهير الأول، بالإضافة إلى تاريخ التظهير وتوقيع المظهر، على بيان بمبلغ الدين المضمون بالرهن من أصل وعائد وتاريخ استحقاقه واسم المدين ومهنته وموطنه.

ويكون لحامل صك الرهن، دون ايصال الايداع، حق رهن على البضاعة المودعة. ويستطيع أن يظهر صك الرهن إلى غيره من الدائنين، فتكون البضاعة الممثلة في صك الرهن مرهونة لحامل الصك، ضماناً للوفاء بالمبلغ المحدد به.

وانفصال صك الرهن عن صك الايداع وسيلة ناجعة لشهر الرهن. إذ أنه لا يبقى في يد المودع إلا صك الايداع وحده. فإذا أراد أن يتصرف في البضاعة المودعة بالبيع مثلاً، فإن المشتري يعلم أنه يشتري بضاعة سبق لصاحبها أن تصرف فيها بالرهن. ولكنه يبقى مع ذلك جاهلاً لمقدار المبا الذي تضمنه هذه البضاعة، لأن ذلك يقتضي منه أن يطلع على صك الره ليتبين المبلغ المضمون، والفرض أن صك الرهن قد انطلق في التداول ع طريق التظهير.

ولكى يتفـادى المشرع هذا النقص، أوجب فى المادة ٢/١٣٩ من قانون التجارة الجديد على المظهر إليه الأول أن يقوم باجراء تكميلى، هو «أن يبادر إلى طلب قيد تظهير صك الرهن وبيانات هذا التظهير فى دفاتر المستودع، والتأشير بذلك على صك الرهن». والتسجيل ضرورى لامكان الاحتجاج بحق الدائن حامل صك الرهن فى مواجهة الغير.

وعلى ذلك، يستطيع المشترى، الذى ظهر إليه البائع صك الايداع وحده - إذا أراد أن يعلم قيمة المبلغ المضمون بالرهن - أن يذهب إلى المستودع العام ليتحقق من مقدار الدين المضمون. ويكون حينئذ على بينة من قيمة البضاعة الحقيقية بعد تحملها بهذا التكليف.

أما حامل صك الرهن، منفصلاً عن ايصال الايداع، فله - إذا لم يتم دفع الدين المضمـون بالرهن فى ميعاد الاستحقاق - أن يطلب بيع البضاعة المرهونة باتباع الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٢٦ بشأن الرهن التجارى (م ١٤١تجارى).

ويستوفى حامل صك الرهن حقه من ثمن البضاعة بالأولوية على الدائنين العاديين بعد حسم الضرائب والرسوم المستحقة على البضاعة ومصاريف بيعها وايداعها وحفظها (م ١/١٤٢تجارى).

فإذا لم تكن حصيلة البيع كافية للوفاء بدينه، جاز له الرجوع على المدين أو المظهرين (م ١/١٤٣تجارى). ويكون رجوعه على المظهرين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ بيع البضاعة وإلا سقط حقه فى الرجوع. وفى جميع الأحوال يسقط هذا الحق إذا لم يباشر اجراءات التنفيذ على البضاعة المرهونة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استحقاق الدين (م ٢/١٤٣ و٣تجارى).

وجدير بالذكر أنه عند وقوع حادث للبضاعة، يكون لحامل صك الرهن على مبلغ التأمين جميع الحقوق المقررة له على البضاعة (م ١٤٤تجارى). أى أن مبلغ التأمين يحل حلولاً عينياً، فى هذه الحالة، محل البضاعة.

أما إذا كان ثمن البضاعة، أو مبلغ التأمين في حالة وقوع حادث لها، يربو على قيمة الدين، فإن الزيادة تكون من حق حامل ايصال الايداع سواء كان هذا الحامل هو المودع نفسه أو من ظهر إليه ايصال الايداع منفرداً. وفي حالة عدم حضور هذا الأخير وقت حصول البيع أودع المبلغ لحسابه بخزانة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها المستودع (م ١٤٢/٢ تجاري).

ولقد واجه المشرع حالة ضياع صك الرهن بحكم مماثل لضياع الورقة التجارية. فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٥ تجاري على أنه «لمن ضاع منه صك الرهن أن يطلب من القاضي المختص، بالمحكمة التي يقع في دائرتها المستودع، اصدار أمر على عريضة بوفاء الدين المضمون بالرهن عند حلول أجله بشرط أن يثبت ملكيته للصك الضائع، وأن يقدم كفيلاً. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ الأمر كان لمن صدر هذا الأمر لصالحه أن ينفذ على البضاعة المرهونة باتباع الاجراءات المنصوص عليها بشأن الرهن التجاري، وذلك بشرط أن يكون التظهير الأول الذي حصل على الصك قد قيد في دفاتر المستودع وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ١٣٩. وتبرأ ذمة الكفيل بانقضاء ستة أشهر من تاريخ استحقاق الدين دون أن يتخذ من صدر الأمر لصالحه اجراءات التنفيذ على البضاعة».

ومن ذلك كله نرى الدور الحيوي الذي يقوم به صك الرهن Le Warrant بعد أن جمع في طبيعته المختلطة بين نوعين من القواعد: قواعد الرهن من ناحية، وقواعد قانون الصرف من ناحية أخرى. وأغلب الأمر أن تنطبق هذه القواعد أو تلك دون أن يحدث بينها تعارض. فالرهن حق تابع للدين المضمون، فهو يتبع هذا الدين ويتأثر بالقواعد التي يمكن أن تحكمه أو تقرر صحته أو بطلانه أو انقضاءه. ولذا فالأرجح أن تتغلب قواعد قانون الصرف السريعة المتحركة على بطء القواعد العامة في رهن المنقول.

٩٧- تظهير صك الايداع منفصلاً عن صك الرهن:

ومعنى ذلك أن المودع كان قد رهن البضاعة قبل بيعها للمشترى الذى ظهر إليه صك الايداع منفرداً. ولا يمكن أن يخدع المشترى فى ذلك، إذ هو يستطيع أن يعلم مقدار الدين المضمون بالرهن بالالتجاء إلى دفاتر المستودع. فقد أوجب القانون على المظهر إليه الأول - كما رأينا - أن يقوم بتسجيل بيانات صك الرهن فيها. وعندئذ لا يؤدى إلى المودع البائع إلا ثمن البضاعة محسوماً منها قيمة الدين الذى تضمنه البضاعة المبيعة.

وحامل صك الايداع المنفرد لا يستطيع أن يتسلم البضاعة إلا بعد أن يصل إلى حامل صك الرهن فيوفيه دينه ويجمع الصكين فى حيازته، ثم يتقدم بهما إلى المستودع العام. ولكن ذلك قد لا يكون ميسوراً لسرعة تداول صك الرهن. ولذا فهو - أى حامل صك الايداع - إما أن ينتظر حلول الميعاد، إذ عندئذ سيظهر حامل صك الرهن مطالباً بالوفاء أو بالتنفيذ على البضاعة، فيدفع له دينه ويتسلم البضاعة من المستودع، أو يكتفى بأن يأخذ باقى الثمن بعد بيعها بالمزاد العلنى. وله كذلك أن يذهب منذ البداية إلى المستودع العام ويدفع له قيمة الدين ويتسلم البضاعة. وتظل قيمة الدين مودعة فى المستودع حتى يحل ميعاد الاستحقاق فيذهب حامل صك الرهن إلى المستودع العام فيجد مبلغ الدين بدلاً من البضاعة.

ولقد قنن المشرع هذه الحلول فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ تجارى بقوله «ولحامل ايصال الايداع دون صك الرهن حق سحب البضاعة المودعة بشرط أن يدفع الدين المضمون بالرهن إذا كان مستحق الأداء. فإذا لم يكن الدين مستحق الأداء، جاز له سحب البضاعة قبل حلول ميعاد استحقاق الدين إذا أودع المستودع مبلغاً كافياً لتغطية الدين وعوائده حتى حلول الأجل، ويسرى هذا الحكم إذا استحق الدين ولم يتقدم حامل صك الرهن لقبضه». ويجوز أن

يقتصر السحب على جزء من البضاعة بعد ايداع مبلغ يتناسب مع هذا الجزء (م ١٤٠/٣تجارى).

ولقد واجه المشرع حالة ضياع أو تلف ايصال الايداع، فأجاز لحامل هذا الايصال أن يطلب من القاضى المختص اصدار أمر على عريضة بتسليمه صورة من الايصال الضائع أو التالف بشرط أن يثبت ملكيته له مع تقديم كفيل. وتبرأ ذمة الكفيل بانقضاء ستة أشهر من تاريخ الكفالة دون أن يتقدم أحد بطلب استرداد البضاعة المبيعة (١٤٥/١تجارى).

٩٨- تقدير نظام رهن البضائع المودعة في المستودعات العامة:

لا جدال فى أن نظام رهن البضائع المودعة فى المستودعات العامة يؤدى، كما رأينا، إلى تفادى قاعدة «الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية» – حتى فيما يتعلق برهن المنقول المادي الذى ليست له صفات تعيين ذاتية – بحيث لا تمنع هذه القاعدة الكبيرة من وقوع هذا الرهن، ولا تمنع حتى من سرعة وتتابع الرهون والبيوع على المنقولات المادية دون عائق وبلا لبس أو غموض فى تمييز هذه الحقوق.

فنظام الصك المزدوج يطلق يد التاجر فى اختيار التصرف المناسب بين الرهن والبيع حسبما يتبين له فى ضوء الظروف التجارية. وهذه الحرية لها قيمتها: فقد يحتاج التاجر إلى مبلغ من النقود، ولكنه يرى أن الوقت غير مناسب لبيع البضاعة المودعة لأنه يتوقع مثلاً أن يرتفع ثمنها بعد أجل معين. لذلك فالأنسب أن يرهن البضاعة ويحتفظ بملكيتها. أما لو تركناه للقواعد العامة لاضطر إلى أن ينقل حيازتها إلى الدائن المرتهن، وبالتالي تضيع عليه فرصة بيعها فى الوقت المناسب وبالثمن الذى يبتغيه، ولكنه فى نظام الصك المزدوج يحتفظ بهذه الفرصة كاملة غير منقوصة، ويتيسر له أن يستفيد من البضاعة المودعة على الوجهين: الائتمان والمضاربة، استفادة لا قيد فيها ولا عائق.

على أن الفائدة التى يحققها نظام الصكين تتوقف على مدى الاطمئنان الذى يحققه المستودع العام للمودعين والدائنين؛ وعلى الثقة التى يبعثها فى نفوس التجار المتعاملين فى الصكوك وذلك بالدقة فى العناية بالبضاعة المودعة وحفظها وصيانتها، من الناحيتين المادية والقانونية؛ وأخيراً على اعتياد التجار أن يودعوا بضائعهم فى المستودعات العامة.

لذلك يجب ألا نتسرع فى الحكم على نجاح نظام المستودعات العامة بعد أن أدخله قانون التجارة الجديد، بل لابد أن ننتظر الوقت الكافى الذى يتسرب فيه النظام إلى نفوس التجار، وينخرط بين عاداتهم

الباب الرابع

عقد النقل

٩٩- أهمية النقل وأنواعه :

يعد النقل إحدى الدعائم الأساسية التي يرتكز عليها النشاط الاقتصادي في العصر الحديث، الذي أصبحت فيه الحركة حيوية والسكون مرادفًا للموت . إذ لولا النقل لوجب استهلاك السلع في الأمكنة التي تصنع فيها مما يؤدي إلى شل حركة التبادل ، وهي روح الحياة الاقتصادية . لهذا يعتبر النقل واحدًا من المعايير التي يقاس على ضوئها مدى تقدم الدول ونهوضها لدرجة صيرورته ، على حد قول Josserand ، مقياسًا لحضارة الأمم .

وقد يتعلق النقل بالأشخاص أو البضائع . وقد يقع النقل برًا أو نهرًا أو بحرًا أو جوًا . أما النقل البري transport terrestre ، فتتعدد وسائله : فقد يكون بالسكك الحديدية أو الترام أو السيارات أو العربات التي تجرها الدواب . والنقل النهري transport fluvial هو النقل الذي يتم بالمراكب bateaux في المياه الداخلية كالبحيرات والترع والقنوات . أما النقل البحري transport maritime فهو الذي يتم بواسطة السفن navires في البحار والمحيطات . ويقصد بالنقل الجوي transport aérien النقل الذي يتم تنفيذه عن طريق المركبات الهوائية aéronefs .

وقد يكون النقل داخليًا وطنيًا transport national يقع تنفيذه بأكمله داخل الحدود الاقليمية للدولة الواحدة . وقد يكون دوليًا transport international يتجاوز تنفيذه حدود الدولة إلى حدود دولة أخرى .

وقد يكون النقل مأجورًا ، أي لقاء مقابل يحصل عليه الناقل سواء كان هذا المقابل نقديًا أو عينيًا أو حتى مجرد الإلتزام بعمل . وقد يكون مجانيًا ، أي لا يبغي الناقل من وراءه الحصول على منفعة مادية أو غير مادية ، مباشرة أو غير مباشرة .

والنقل ، أياً كان نوعه أو وسيلة تنفيذه ، يكتسب الصفة التجارية متى وقع في شكل مشروع طبقًا لنص المادتين ٥/جـ و٦/د من قانون التجارة الجديد . وهو تجاري دائماً بالنسبة للناقل بصرف النظر عما إذا كان فرداً أو شركة أو شخصاً من أشخاص القانون العام . ويعتبر كذلك بالنسبة لمن تعاقد مع الناقل إذا كان تاجراً وتعلق النقل بشئون تجارته تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية .

ويعتبر النقل من عقود الاذعان ذلك أن شركات النقل تعرض شروطها على الكافة وهي شروط واحدة ولا تقبل مناقشة فيها . فلا يسع صاحب الشأن إلا أن يقبل تلك الشروط حتى لا يحرم نفسه من استعمال مرفق من المرافق العامة ولابد له من التنقل والسفر، ولذلك يكون القبول في هذه الحالة إذعاناً .

١٠٠- تعريف عقد النقل وبيان خصائصه :

تعرف المادة ٢٠٨ تجاري عقد النقل بأنه : « اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شئ إلى مكان معين مقابل أجرة » .

فهو ، إذاً ، عقد معاوضة ملزم للجانبين ، إذ بمقتضاه يلتزم الناقل بالقيام بعملية النقل المتفق عليها في المواعيد المحددة ، ويلتزم الشاحن أو المسافر بدفع أجرة النقل .

وهو عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين (م٢١٠ / تجاري) ، وليس عقداً عينياً ، كما يذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسي ، ينعقد بتسليم البضاعة إلى الناقل . ولا جدال عندنا في رضائية عقد النقل إذ أن القانون المدني المصري قد ألغى العقود العينية .

وعقد النقل تجاري بالنسبة للناقل إذا بوشر في شكل مشروع entreprise (م٥/ج تجاري) . ولا يكون تجارياً بالنسبة للشاحن أو المسافر إلا إذا كان تاجراً وكان النقل بمناسبة تجارته . وهو لا يكون تجارياً على هذا الوجه بالنسبة للناقل إلا إذا كان معاوضة . فإذا تبرع الناقل بعملية النقل، فمن البدهي أن هذا التبرع

ينفى صفة التجارية عن العقد . وإنما لابد من التحرز، على أى حال ، فى استظهار نية التبرع . إذ كثيراً ما يكون المقابل الذى يتقاضاه الناقل شيئاً آخر غير النقود. مثال ذلك أن يمنح الناقل عماله تراخيص خاصة تسمح لهم بالانتقال على وسائل النقل التابعة له دون أجر ، فذلك لا يمنع من اعتبار العقد معاوضة فى هذه الحالة إذ أن المقابل يتمثل فى ما يقدمه عمال الناقل له من خدمات .

١٠١- تمييز عقد النقل عن غيره من العقود :

وقد يشتبه عقد النقل ببعض العقود الأخرى ، بل قد تندمج عملية النقل بعمليات أخرى سابقة أو لاحقة . والذى يميز عقد النقل ، بصفة عامة ، هو أنه ينصب أساساً على تغيير المكان باستخدام وسيلة من وسائل النقل فى مدة معقولة ، وأن الناقل يباشر هذا العمل على وجه الاستقلال ، فيقوم بالنقل بفنه الخاص وتوجيهه المستقل دون تدخل من الشاحن أو المسافر .

أ- فلأن عقد النقل ينصب على تغيير المكان Déplacement ، يتميز عن عقد الوديعة الذى يقتصر أمره على حفظ الأشياء المودعة ، وعن ايجار الأشياء إذ لا يمكن القول بأن الشاحن يستأجر وسيلة النقل أو جزء منها. فشغل البضاعة لوسيلة النقل أو لجزء منها ليس مقصوداً لذاته ، بل هو ضرورة تقتضيها عملية تغيير المكان التى هى جوهر عقد النقل .

ب- ولأن الناقل يباشر نشاطه مستقلاً عن الشاحن أو المسافر ، يتميز عقد النقل عن عقد العمل أو عقد ايجار الخدمات Louage de services . فسائق سيارة الأجرة مثلاً لا يعد ناقلاً ، لأنه يتلقى الأوامر من الراكب فى كل مرحلة من مراحل الطريق . فيستطيع هذا الأخير متى شاء أن يغير اتجاهه أو يوقفه أو يجعله ينتظره أينما شاء ، ولذا فهو عقد ايجار خدمات . كذلك يتميز عقد النقل عن عقد القطر remorquage ، وهو عقد يغلب ابرامه بالنسبة للسفينة ، وإنما قد يحدث أيضاً أن يبرم بالنسبة لمركب أو لعربة عادية فتقوم الآلة القاطرة بسحب

هذه العربة مثلاً من مكان إلى مكان . وأحكام المحاكم الفرنسية تقيم بهذا الصدد تفرقة معيارها الاستقلال الذى يميز الناقل . فإذا كانت العربة المقطورة شيئاً جامداً يخضع تماماً للقائم بسحبها من مكان لآخر ، فهذا عقد نقل . أما إذا كان توجيه العربة المقطورة باقياً لصاحبها أثناء هذه العملية ، فهو عقد القطر .

جـ- وقد تقترن عملية النقل بعمليات أخرى تختلف عنها ، ويغلب فى هذه الحالة أن تكون عملية النقل هى التابعة . كالفندق الذى يتولى نقل زبائنه ومتاعهم بين المحطة والفندق مقابل أجر اضافى، وكالبائع الذى ينقل البضاعة على عرباته إلى مكان المشترى مقابل زيادة فى ثمن البيع . وترى غالبية الفقه أنه فى مثل هذه الحالات يندمج الفرع في الأصل ويفقد ذاتيته فلا يكون هناك عقد نقل مستقل . بينما ينتقد البعض ذلك ويرى تحليل العمليتين المندمجتين وتطبيق قواعد عقد النقل على عملية النقل ولو كانت تابعة لعقد آخر .

كذلك يثير عقد نقل الأثاث خلافًا مماثلاً . ذلك أن عقد نقل الأثاث Contrat de déménagement يتضمن فى واقع الأمر عمليتين مختلفتين تتنازعان الأهمية : عملية فك الأثاث وحزمه ثم اعادة تركيبه ، وعملية النقل . وكثيراً ما تكون عملية تغيير المكان فى حد ذاتها أقل أهمية من عملية الفك والتركيب التى تحتاج إلى خبرة ودراية خاصة . لذلك قال البعض إن عقد نقل الأثاث لا يعتبر عقد نقل ، بينما يؤكد آخرون أنه كذلك . ويقف القضاء الفرنسى بين الرأيين فيطبق بعض قواعد عقد النقل دون البعض الآخر . فهو يحرم ناقل الأثاث مثلاً من حق الحبس ومن الحق فى التمسك بعدم قبول الدعوى (م٢٥١ تجارى) ، ويعطيه ، مع ذلك ، الحق فى التمسك بالتقادم القصير (م٢٥٤ تجارى) .

ولقد وضع المشرع ضابطاً فى هذا الشأن مفاده سريان أحكام النقل على النقل ولو اقترنت به عمليات من طبيعة أخرى ما لم تكن هذه العمليات هى

الغرض الرئيسى من التعاقد (م٢٠٩/٢ تجارى). فالعبرة، إذاً ، هى بالغرض الرئيسى من التعاقد دون ما نظر إلى العمليات الفرعية التى قد يرد عليها العقد.

١٠٢- تقسيم:

ولن نتناول بالبحث كل أنواع النقل ، بل سنقتصر على قواعد القانون التجارى المصرى فيما يتعلق بنقل البضائع عن طريق البر أو النهر وهى الأحكام الواردة فى المواد من ٢١٧ إلى ٢٥٤ تجارى تحت عنوان «نقل الأشياء» (الفصل الأول). ثم نتناول تلك الخاصة بنقل الركاب الواردة فى المواد من ٢٥٥ إلى ٢٧٢ (الفصل الثانى) . ونختتم بالقواعد الخاصة بالوكالة بالعمولة للنقل التى تضمنتها المواد من ٢٧٣ إلى ٢٨٣ تجارى (الفصل الثالث) .

الفصل الأول
عقد نقل البضائع

١٠٣- تمهيد :

لا تختلف أحكام نقل البضائع الذى يقع بطريق البر والذى يقع بطريق النهر . والمقصود بالنقل النهرى النقل بالمراكب فى المياه الداخلية كالأنهار والترع والقنوات والبحيرات . وسوف نتكلم عن تكوين عقد النقل واثباته (المبحث الأول) ، وعن آثار عقد النقل (المبحث الثانى) .

المبحث الأول
تكوين عقد النقل واثباته

١٠٤- أولا : تكوين عقد النقل :

هو عقد رضائى – كما هى القاعدة فى العقود التجارية – يتم بمجرد تبادل الايجاب والقبول دون أن يتوقف على إجراء لاحق . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢١٠ تجارى بقولها « يتم عقد النقل وعقد الوكالة بالعمولة للنقل بمجرد الاتفاق .... » .

ولعقد نقل البضائع طرفان ينعقد العقد باتفاقهما – ولكن أشخاص العقد قد يزيدون على ذلك كما سنرى – فهو يتم بين الناقل transporteur وبين المرسل expéditeur ، فيعتد بأهليتهما ورضائهما فى النظر إلى وجود العقد وفى صحته . وتنطبق فى ذلك ما نعرف من القواعد العامة . على أن الطبيعة الخاصة لعقد النقل ، باعتباره عقد إذعان ، تحصر الدور الذى تلعبه الأهلية والرضاء فى نطاق أضيق من دورهما فى نشأة سائر العقود .

ففيما يتعلق بالأهلية ، لا يستطيع الناقل عادة أن يتحقق من أهلية جميع الذين يتعاقد معهم ، ولا من سلطتهم فى شحن البضائع المنقولة بالذات . بل إن

١٠٤-١- المرسل إليه : ثالث أشخاص عقد النقل :

وإذا كان العقد يتم بين المرسل والناقل ، إلا أنه يدخل فى العلاقة شخص ثالث هو المرسل إليه Le destinataire . وقد يكون المرسل إليه هو ذات المرسل، كما إذا كان شركة ترسل جزءاً من بضائعها إلى فرع لها فى مكان آخر ، أو كما إذا كان التاجر قد انتقل بنفسه من مكان التسليم إلى مكان الاستلام بوسيلة نقل أسرع . والوضع الغالب أن يكون المرسل إليه شخصاً ثالثاً ، وأن تكون صلته بالمرسل صلة عقدية سابقة . والمثال النموذجى لهذا الوضع أن يكون المرسل بائعاً والمرسل إليه مشترياً لهذه البضائع المنقولة ، فيتولى المرسل ابرام عقد النقل على أن يتسلم المرسل إليه البضاعة عند وصولها .

وقد كانت نسبية آثار العقد تقتضى أن يظل المرسل إليه أجنبياً عن عقد النقل، فلا تربطه بالناقل أى صلة التزام أو حق . ومع ذلك فإن عقد النقل يرتب آثاره بين أشخاصه الثلاثة، كما لو كان العقد قد تم بينهم جميعاً. فتترتب للمرسل إليه حقوق فى مواجهة الناقل ، وتترتب للناقل حقوق فى مواجهة المرسل إليه مصدرها عقد النقل الذى لم يشترك المرسل إليه فى تكوينه . وسوف نعرض فيما بعد لهذه الآثار .

١٠٤-٢- الوكيل بالعمولة للنقل :

وقد تتشعب العلاقات التى تنشأ عن عقد النقل عندما يقتضى الأمر الإلتجاء إلى أكثر من ناقل واحد . ويحدث ذلك ، مثلاً ، عندما يتم النقل على مراحل بعضها بالمراكب النهرية وبعضها بالعربات أو بالسكك الحديدية . عندئذ تتعدد عمليات التسليم والتسلم بين أمناء النقل إلى أن تصل البضاعة إلى مستقرها الأخير . وبدهى ألا يتهيأ للمرسل الوقت أو الظروف التى تمكنه من ابرام عقود نقل مباشرة مع جميع أمناء النقل الذين يشتركون فى مراحل العملية . وهنا يتدخل شخص رابع عرفناه من قبل عند الكلام عن عقود التوسط: الوكيل بالعمولة. على أن الوكيل بالعمولة للنقل Le commissionnaire

أهلية المرسل لا يمكن أن يكون لها ذات الاعتبار الذى لأهلية المتعاقد بصفة عامة ، إذ أن شروط العقد واحدة بالنسبة للكافة بحيث لا يترتب على نقص أهلية المرسل ضرر . ومن ناحية أخرى لا يعد نقل البضاعة من مكان لآخر تصرفًا فيها . فلا يشترط ، إذاً ، أن يتحقق الناقل من أهلية المرسل للتصرف عند نقل البضاعة ، إذ تظل مسألة ملكية البضاعة بعيدة كل البعد عن عملية النقل العادية .

أما عيوب الرضاء فنادراً ما تثار فى عقود النقل التى تشرف عليها الادارة ، لأن ارادة الطرفين تتحرك حينئذ فى حدود تصل من الضيق إلى الحد الذى يستبعد – من الناحية العملية – أى أثر للغلط ، أو أى مصلحة فى الاكراه أو التدليس . ومن ثم لا تكاد توجد فى هذا الصدد أحكام قضائية على الاطلاق .

وكل منقول مادى يمكن أن يكون موضوعاً للنقل ، وإنما يشترط بطبيعة الحال أن تكون هذه المنقولات من بين الأشياء الداخلة فى التعامل . فيكون عقد النقل باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ورد على شئ يحرم القانون حيازته كالمخدرات . وفيما عدا ذلك يجوز نقل سائر البضائع والكتب والمطبوعات والحيوانات والمحاصيل الزراعية وغير ذلك .

ويتم تقدير أجرة النقل تبعًا لطبيعة ومقادير الأشياء المنقولة ومقدار ما تتطلبه من عناية خاصة . والاتفاق على تحديد الأجرة – ويطلق عليه عادة تعريفة Tarif – هو أهم ما يتم فى عقد النقل . ويرتكز هذا التحديد على عناصر مختلفة أهمها طبيعة البضائع المراد نقلها وطول المسافة وطريقة النقل . والغالب ، كما رأينا ، أن تشرف جهة الادارة على تحديدها ، حماية لمصالح الأفراد وتحقيقًا للمساواة بينهم . وقد توضع للنقل تعريفات خاصة Tarifs spéciaux مقابل عناية خاصة يبذلها الناقل فى الشحن أو التفريغ أو النقل من الباب للباب ، مع بقاء التعريفة العادية Tarif général . كما قد توضع تعريفة مخفضة Tarif réduit مقابل تخفيف مسئولية الناقل . والتعريفات الخاصة أو المخفضة تقتضى اتفاقاً خاصاً بين الناقل والمرسل . أما التعريفة العادية ، فهى القاعدة .

١٠٤ -١- المرسل إليه : ثالث أشخاص عقد النقل :

وإذا كان العقد يتم بين المرسل والناقل ، إلا أنه يدخل فى العلاقة شخص ثالث هو المرسل إليه Le destinataire . وقد يكون المرسل إليه هو ذات المرسل، كما إذا كان شركة ترسل جزءاً من بضائعها إلى فرع لها فى مكان آخر ، أو كما إذا كان التاجر قد انتقل بنفسه من مكان التسليم إلى مكان الاستلام بوسيلة نقل أسرع . والوضع الغالب أن يكون المرسل إليه شخصاً ثالثاً ، وأن تكون صلته بالمرسل صلة عقدية سابقة . والمثال النموذجى لهذا الوضع أن يكون المرسل بائعاً والمرسل إليه مشترياً لهذه البضائع المنقولة ، فيتولى المرسل ابرام عقد النقل على أن يتسلم المرسل إليه البضاعة عند وصولها .

وقد كانت نسبية آثار العقد تقتضى أن يظل المرسل إليه أجنبياً عن عقد النقل، فلا تربطه بالناقل أى صلة التزام أو حق . ومع ذلك فإن عقد النقل يرتب آثاره بين أشخاصه الثلاثة، كما لو كان العقد قد تم بينهم جميعاً. فتترتب للمرسل إليه حقوق فى مواجهة الناقل ، وتترتب للناقل حقوق فى مواجهة المرسل إليه مصدرها عقد النقل الذى لم يشترك المرسل إليه فى تكوينه . وسوف نعرض فيما بعد لهذه الآثار .

١٠٤- ٢- الوكيل بالعمولة للنقل :

وقد تتشعب العلاقات التى تنشأ عن عقد النقل عندما يقتضى الأمر الإلتجاء إلى أكثر من ناقل واحد . ويحدث ذلك ، مثلاً ، عندما يتم النقل على مراحل بعضها بالمراكب النهرية وبعضها بالعربات أو بالسكك الحديدية . عندئذ تتعدد عمليات التسليم والتسلم بين أمناء النقل إلى أن تصل البضاعة إلى مستقرها الأخير . وبدهى ألا يتهيأ للمرسل الوقت أو الظروف التى تمكنه من ابرام عقود نقل مباشرة مع جميع أمناء النقل الذين يشتركون فى مراحل العملية . وهنا يتدخل شخص رابع عرفناه من قبل عند الكلام عن عقود التوسط: الوكيل بالعمولة. على أن الوكيل بالعمولة للنقل Le commissionnaire

de transport يخضع لبعض القواعد الخاصة تضمنتها المواد من ٢٧٣ إلى ٢٨٣ تجارى . ودوره في الغالب لا يقتصر على الوكالة ، ولكنه يقوم بالنقل أيضاً في المرحلة الأولى من مراحل الطريق . ذلك أن المرسل يكتفى بالتعاقد مع الناقل الأول ، ويطلب منه أن يتعاقد لحسابه مع الناقل الثانى . ويتعاقد الناقل الثانى مع الثالث وهكذا . فيعتبر كل ناقل من الناقلين المشتركين فى العملية أميناً بالنسبة للمرحلة التى يقوم فيها بالنقل بنفسه ، ووكيلاً بالعمولة بالنسبة للمرحلة التى تليها ، وهكذا حتى تصل البضاعة إلى المرسل إليه آخر الأمر .

١٠٥- ثانياً : إثبات عقد النقل :

رأينا أن عقد النقل رضائى . وهو تجارى بالنسبة للناقل دائماً وللمرسل فى أغلب الأمر . فالقاعدة ، إذاً ، أن يتم إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، حتى فى الحالات التى تتجاوز فيها قيمة العقد ألف جنيه .

ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢١٠ تجارى على ذلك بقولها « ... ويجوز إثبات العقد بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً » . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الحالات التى يعد العقد فيها مدنياً بالنسبة للمرسل ، فيستند الناقل فى مواجهته إلى الكتابة كلما زادت قيمة النزاع على ألف جنيه .

إلا أن الكتابة فيما يتعلق بعقد النقل تحتمها الضرورة العملية، بل والظروف التى تحيط بعملية النقل . ذلك أن مشكلة الإثبات بالنسبة لهذا العقد تصل إلى درجة من الأهمية لا تصل إليها فى غيره من العقود : إذ يتضمن الاتفاق بيانات تفصيلية خاصة بالبضاعة موضوع النقل ، وبالطريق المتفق على سلوكه ، وبمواعيد التسليم والتسلم ، وبشخص المرسل إليه ، وغير ذلك من الأمور التى يلزم الاتفاق عليها . وهى أمور لا يمكن أن يكل الطرفان إثباتها إلى شهادة الشهود أو إلى القرائن ، لاسيما فيما يتعلق بتوزيع الالتزامات والمسئولية المترتبة على الهلاك أو التلف أو التأخير . وللكتابة ضرورة أخرى هى ضرورة

العلم ، مجرد العلم ، بالبيانات التي يتضمنها العقد ، حتى يستطيع عمال الناقل - فرداً كان أو شركة - أن يعرفوا حدود واجباتهم بصدد البضاعة وإلى أى مكان يتعين عليهم نقلها وفي أى ميعاد ، ويعرفون إلى من يسلمونها عند الوصول . وكذلك لكي يعلم المرسل إليه نفسه حدود ما يمكن أن يسائل فيه الناقل أو عماله ؛ هذا إلى جانب الدور الاقتصادى الذى سنتكلم عنه فيما بعد .

١٠٦- وثيقة النقل Lettre de voiture :

لذلك ارتبط عقد النقل ، منذ القدم ، بوثيقة النقل ، إلى الحد الذى جعل المشرع الفرنسي يصل إلى القول بأن وثيقة النقل هي التي تكون العقد، وهو قول غير صحيح .

ووثيقة النقل تتضمن بالضرورة امضاء المرسل ، فهي ، إذاً ، دليل عليه وحده . ولكن العمل جرى على أن تحرر وثيقة النقل من نسختين ، فتحمل النسخة الثانية امضاء الناقل ويحتفظ بها المرسل (م٢١٨/٢ تجارى) .

وقد أولى المشرع وثيقة النقل عناية خاصة ، فأورد في المادة ٢١٨/١ تجارى البيانات الواجب توفرها في هذه الوثيقة على الوجه الذى يسمح بأن تؤدى دورها في الإثبات كاملاً . هذه البيانات هي :

أ- مكان وتاريخ الوثيقة .

ب- أسماء المرسل والمرسل إليه والوكيل بالعمولة للنقل - إن وجد - وعناوينهم .

جـ- مكان القيام ومكان الوصول .

د- البيانات الخاصة بتعيين الشئ محل النقل كوزنه وحجمه وكيفية حزمه وعدد الطرود وكل بيان آخر يكون لازماً لتعيين ذاتية الشئ وتقدير قيمته . وفائدة هذا البيان واضحة إذ بواسطته يتمكن المرسل إليه من التعرف على البضاعة عند استلامها من الناقل ، كما يحسب على ضوئه أجرة النقل إذا كانت متوقفة على وزن أو حجم البضاعة .

هـ- الميعاد المعين لمباشرة النقل .

و- أجرة النقل وغيرها من المصاريف مع بيان ما إذا كانت مستحقة على المرسل أو المرسل إليه ، أى عند القيام أو عند الوصول .

ز- الشروط الخاصة بالشحن أو التفريغ ونوع العربات التى تستخدم فى النقل والطريق الذى يجب اتباعه وتحديد المسئولية وغير ذلك من الشروط الخاصة التى قد يتضمنها اتفاق النقل .

وبدهى أن هذه البيانات ليست الزامية بحيث يؤدى نقصانها إلى بطلان وثيقة النقل ، وإنما هى بيانات توضيحية . وللمحكمة أن تقدر وجود أو نقصان البيانات الجوهرية التى ينجم من اغفالها أن تفقد الورقة قيمتها كدليل إثبات .

ووثيقة النقل أقل ذيوعاً اليوم ، بل هى آخذة فى الاختفاء فيما يتعلق بالنقل الداخلى ، وعلى الأخص فيما يتعلق بالنقل بالسكك الحديدية ، إذ أخذت تحل محلها - سواء فى فرنسا أو فى مصر - ورقة أخرى هى ايصال النقل Récépissé .

١٠٧- ايصال النقل Récépisé :

وايصال النقل يختلف فى طبيعة نشأته عن وثيقة النقل . فهو ، كما تدل عليه تسميته ، ايصال لا يختلف عن الايصالات التى يعطيها من تسلم شيئاً لمن سلمه هذا الشئ : وهو هنا صادر من الناقل ، يعلن فيه بيان ومقادير البضاعة التى إستلمها من المرسل والتزامه بتسليمها للمرسل إليه فى الميعاد والمكان المحدد . وايصال النقل يمتاز على وثيقة النقل ببساطته واتفاقه مع منطق الإثبات فى عقد النقل بصورته الحديثة، ولأنه لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية اللازمة . ولقد نصت على هذا الايصال المادة ١١٩ تجارى بقولها «إذا لم تحرر وثيقة نقل جاز للمرسل أن يطلب اعطاءه ايصالاً موقعاً من الناقل بتسلم الشئ محل النقل ويجب أن يكون الايصال مؤرخاً ومشتملاً على البيانات الكافية لتعيين ذاتية الشئ وأجرة النقل .

١٠٨- دور مستند النقل (الوثيقة أو الايصال) في الإثبات :

وثيقة النقل ، كايصال النقل ، كلاهما سند كتابي لإثبات عقد النقل فى نطاق البيانات الواردة فى كل منهما ، فكلاهما يؤدى ذات الوظيفة وله ذات القيمة . ولقد نص المشرع على ذلك في المادة ٢٢١ تجارى بقوله : « وثيقة النقل حجة فيما ورد بها من بيانات ، وعلى من يدعى ما يخالف هذه البيانات إثبات ذلك » . وقد رأينا أن عقد النقل رضائى ، فهو يتكون قبل كتابة الايصال أو وثيقة النقل ، ورأينا أن بيانات المادة ٢١٨ تجارى لم ترد على سبيل الوجوب والإلزام ، فالورقة تحتفظ بقيمتها فى إثبات البيانات الواردة بها فعلاً ، ولو كانت هذه البيانات ناقصة ، مادامت تشتمل على العناصر الأساسية للعقد . بل ويستطيع ذو الشأن أن يكمل الإثبات الناتج عن الوثيقة أو الايصال وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات .

ولكننا لا نذهب مع ذلك إلى حد القول بجواز إثبات عكس ما تضمنته الوثيقة من بيانات بالبينة والقرائن ، مستندين إلى مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية كما يفعل بعض الفقهاء . مثل هذا القول يضعف من قيمة وثيقة النقل أو الايصال فى الإثبات ، وذلك يضر بالطرفين معاً ، كما أنه يعرقل دور مستند النقل فى تداول البضاعة المنقولة .

١٠٩- دور مستند النقل في تمثيل البضاعة المنقولة وتداولها :

هذا الدور يستند إلى نص المادة ٢٢٠ تجارى التى تجيز تحرير وثيقة النقل باسم شخص معين أو لأمره أو للحامل ، على غرار الصكوك التجارية ، وإلى المادة ٢/١٢٠ تجارى التى تعتبر الدائن المرتهن حائزاً للبضائع « إذا تسلم صكاً يمثل الشئ المرهون ويعطى حائزه دون غيره حق تسلمه » ، وكذلك إلى الأصل العام فى المادة ١/٩٥٤ مدنى التى تنص على أن « تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » .

هـ- الميعاد المعين لمباشرة النقل .

ر- أجرة النقل وغيرها من المصاريف مع بيان ما إذا كانت مستحقة على المرسل أو المرسل إليه ، أى عند القيام أو عند الوصول .

ز- الشروط الخاصة بالشحن أو التفريغ ونوع العربات التى تستخدم فى النقل والطريق الذى يجب اتباعه وتحديد المسئولية وغير ذلك من الشروط الخاصة التى قد يتضمنها اتفاق النقل .

وبدهى أن هذه البيانات ليست الزامية بحيث يؤدى نقصانها إلى بطلان وثيقة النقل ، وإنما هى بيانات توضيحية . وللمحكمة أن تقدر وجود أو نقصان البيانات الجوهرية التى ينجم من اغفالها أن تفقد الورقة قيمتها كدليل إثبات .

ووثيقة النقل أقل ذيوعاً اليوم ، بل هى آخذة فى الاختفاء فيما يتعلق بالنقل الداخلى ، وعلى الأخص فيما يتعلق بالنقل بالسكك الحديدية ، إذ أخذت تحل محلها - سواء فى فرنسا أو فى مصر - ورقة أخرى هى ايصال النقل Récépissé .

١٠٧- ايصال النقل Récépisé :

وايصال النقل يختلف فى طبيعة نشأته عن وثيقة النقل . فهو ، كما تدل عليه تسميته ، ايصال لا يختلف عن الايصالات التى يعطيها من تسلم شيئاً لمن سلمه هذا الشئ : وهو هنا صادر من الناقل ، يعلن فيه بيان ومقادير البضاعة التى استلمها من المرسل والتزامه بتسليمها للمرسل إليه فى الميعاد والمكان المحدد . وايصال النقل يمتاز على وثيقة النقل ببساطته واتفاقه مع منطق الإثبات فى عقد النقل بصورته الحديثة، ولأنه لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية اللازمة . ولقد نصت على هذا الايصال المادة ١١٩ تجارى بقولها «إذا لم تحرر وثيقة نقل جاز للمرسل أن يطلب اعطاءه ايصالاً موقعاً من الناقل بتسلم الشئ محل النقل ويجب أن يكون الايصال مؤرخاً ومشتملاً على البيانات الكافية لتعيين ذاتية الشئ وأجرة النقل .

وقد أراد المشرع المصرى بذلك أن يتمكن المرسل إليه من التصرف فى البضاعة أثناء الطريق ، فلا تخرج عن التداول التجارى خلال المدة التى يستغرقها النقل . فشرط الأمر ، أو للحامل ، يجعل وثيقة النقل تمثل البضاعة المنقولة – وفيها من البيانات المعينة للبضاعة ما يؤكد هذا التمثيل – فيستطيع المرسل إليه مثلاً أن يبيع البضاعة متى تهيأت له الفرصة، حتى قبل وصولها ، كما يستطيع أن يستعين بضمانها فيرهنها . ويتداول وثيقة النقل – بالتظهير إن كانت لأمر أو بالتسليم إن كانت لحاملها – يمكن تداول البضاعة من حائز إلى حائز حتى تصل البضاعة فيتسلمها الحائز الأخير . ويكون على الناقل عندئذ أن يسلم البضاعة لمن يتقدم إليه بوثيقة النقل .

أما إذا كانت وثيقة النقل اسمية ، فالأصل أنه يتعين اتباع اجراءات الحوالة المدنية ليتم نقل الحقوق الثابتة فى الصك . لذلك فإن الغالب ، فى مثل هذه الحالة ألا يحاول المرسل إليه أن يتصرف فى البضاعة قبل أن تصل إليه ويتسلمها من الناقل فعلاً . بل إن كتابة الوثيقة اسمية دليل على حرص المرسل على عدم تداولها أثناء النقل .

وأهمية امكان تداول البضاعة المنقولة ، عن طريق تداول مستند النقل الذى يمثلها سواء بالتظهير أو بالتسليم ، تتفاوت تبعاً لطول الوقت الذى تستغرقه عملية النقل . فإذا اقتضى نقل البضائع وقتاً طويلاً ، كان من الأنسب أن يتمكن المرسل إليه من التصرف فيها بالطرق التجارية السريعة دون أن ينتظر وصولها. أما إذا كان النقل لا يستغرق إلا زمناً قصيراً ، فإن فرصة التصرف حينئذ تكون ضئيلة ، ويغلب أن يكون مستند النقل اسمياً .

لذلك فإن الإلتجاء إلى شرط الأمر فى وثيقة النقل يزداد فى النقل الدولى والبحرى ، بينما يتضاءل إلى حد بعيد فى النقل الداخلى. وسوف يزداد تضاؤلاً – سواء فى النقل الدولى أو الداخلى – كلما تقدمت وسائل المواصلات وازدادت سرعتها ، إذ تنخفض حينئذ الفترة الزمنية التى تنقضى بين قيام البضاعة ووصولها .

المبحث الثاني

آثار عقد النقل

١١٠- تقسيم:

يرتب عقد النقل حقوقاً لذوى الشأن فيه ويضع على عاتقهم التزمات. وذوو الشأ فى عقد النثقل هم المرسل والمرسل اليه والناقل، وسنفرد لحقوق والتزمات كل منهم فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

أثار عقد النقل بالنسبة للمرسل

١١١- أولاً: التزامات المرسل -١- تسليم البضاعة للناقل:

يلتزم المرسل بتسليم البضاعة المراد نقلها إلى الناقل. ولا يعنى ذلك أن التسليم يعد شرطاً لانعقاد العقد. فعقد النقل ليس عقداً عينياً، بل هو عقد رضائى، وما التسليم إلا شرط لتمكين الناقل من البدء فى تنفيذ أحد الالتزامات التى يلقيها عقد النقل على عاتقه، وهو الالتزام بنقل البضاعة من مكان إلى آخر. ولا يتصور تنفيذ مثل هذا الالتزام إلا إذا كان الناقل فى وضع يتمكن معه من ممارسة الحراسة المادية على البضاعة، ولا يتحقق ذلك إلاّ بالتسليم.

ويتعين على المرسل أن يقدم للناقل، عند تسليمه البضاعة، بيانات عن اسم المرسل إليه وعنوانه والمكان المطلوب الارسال إليه ونوع البضاعة محل النقل ووزنها وحجمها وكيفية حزمها وعدد الطرود التى تشملها وغير ذلك من البيانات التى يطلبها الناقل أو يقررها القانون لتعيين ذاتية الشئ. ويسأل المرسل عن الضرر الذى ينجم عن عدم صحة هذه البيانات أو عدم كفايتها (م٢١٧/٢ تجارى)، ويعد البيان غير صحيح إذا كان من شأنه اخفاء طبيعة البضاعة أو اعطاء معلومات خاطئة عن ابعادها. ويعد غير كافٍ إذا لم يبين الخصائص المميزة للبضاعة، ككونها قابلة للكسر أو للاشتعال أو الانفجار.... إلخ.

وعليه، أيضاً، أن يسلم الناقل البضاعة والوثائق اللازمة لتنفيذ النقل، ويكون مسئولاً عن عدم كفاية هذه الوثائق أو عدم مطابقتها للحقيقة (م٢٢٣/١تجارى).

وإذا اقتضى النقل استعداداً خاصاً من جانب الناقل وجب على المرسل اخطاره بذلك قبل تسليمه البضاعة بوقت كافٍ (م٢٢٣/٢تجارى).

والأصل أن تفصيلات عملية تسليم البضاعة إلى الناقل يحددها عقد النقل، وعلى الأخص مكان التسليم، وإلا وجب تسليمها فى محل الناقل المعين بعقد النقل (م٢٢٣/٣تجارى). فقد يتفق على أن يتسلم الناقل البضاعة فى محل المرسل، وهذا ما يطلق عليه فى العمل النقل «من الباب للباب». أو يتفق على أن يقوم المرسل بنقلها إلى مخازن الناقل أو مكاتبه أو محطة عرباته فى الموعد المحدد.

وإذا اقتضت طبيعة البضاعة اعدادها للنقل بتغليفها أو تعبئتها أو حزمها، وجب على المرسل أن يقوم بذلك بالكيفية التى تقيها الهلاك أو التلف ولا تعرض الأشخاص أو الأموال الأخرى التى تنقل معها للضرر. وإذا كانت شروط النقل تستلتزم اتباع طريقة معينة فى التغليف أو التعبئة أو الحزم وجب على المرسل مراعاتها (م٢٢٤/١تجارى). ويكون المرسل مسئولاً عن الأضرار التى تنشأ عن العيب فى التغليف أو التعبئة أو الحزم (م٢٢٤/٢تجارى).

ويكون للناقل الحق فى فحص البضاعة المطلوب نقلها للتحقق من حالتها، ومن صحة البيانات التى أدلى بها المرسل بشأنها. وإذا اقتضى الفحص فض الأغلفة أو الأوعية، وجب اخطار المرسل لحضور الفحص فى الميعاد المحدد لذلك، وإلا كان للناقل أن يجريه بغير حضوره وعلى نفقته. وإذا تبين من الفحص أن حالة البضاعة لا تسمح بنقلها دون ضرر، جاز للناقل رفض النقل، أو تنفيذه بعد أخذ اقرار من المرسل بعلمه بحالتها ورضائه بنقلها. ويجب إثبات حالة البضاعة واقرار المرسل فى وثيقة النقل (م ٢٢٥تجارى).

١١١-٢- دفع أجرة النقل:

هذا هو الالتزام الرئيس للمرسل (م٢٣٥/١تجارى)، إذ هو المقابل لعملية النقل التى يلتزم بها الناقل بمقتضى المعاوضة المعقودة بينهما. ويحدد الاتفاق مقدار هذا الأجر وميعاد ومكان الوفاء به. والغالب ألا يكون مقدار الأجر موضع نقاش ومفاوضة حرة بين الطرفين، اللهم إلا فى الحالات التى يتعاقد فيها المرسل مع ناقل حر Transporteur libre ، أى ناقل لا يخضع لاشراف ادارى ولا يلتزم بتعريفة محددة تفرضها جهة الادارة.

ويضاف إلى الأجر ما يكون الناقل قد أنفقه من مصروفات اضافية، كمصاريف الوزن والايداع والصيانة ورسوم الجمارك والتأمين.

وفيما يتعلق بميعاد الوفاء بالأجر، فقد يتم الاتفاق على دفع الأجرة عند تسليم البضاعة للناقل Port payé، أى فى مكان القيام، أو عند وصولها Port dû. وفى الحالة الأولى يدفعها المرسل؛ وفى الحالة الثانية يدفعها المرسل إليه. وطبيعى أن هذا التحديد يستند عادة إلى ا تفاق سابق بين المرسل والمرسل إليه، إذ يعينان فيه من الملتزم منهما بدفع الأجرة للناقل. ولا شأن للناقل بمثل هذا الاتفاق، ويكونا مسئولين قبله بدفعها على وجه التضامن (م٢٣٥/٢ تجارى). ومن ثم فإنه إذا امتنع المرسل إليه عن الوفاء بالأجرة، فإنه يحق للناقل أن يرجع فى طلبها على المرسل.

١١١-٣- ضمانات استيفاء الأجرة:

وللناقل ضماناته فى الحصول على أ جرة النقل والمصاريف وغيرها من المبالغ التى تستحق بسبب النقل. ولا صعوبة عندما تكون الأجرة مستحقة الوفاء عند القيام، فهو يتقاضاها حينئذ مقدماً قبل أن يتولى عملية النقل. فإذا امتنع المرسل عن دفع الأجرة، كان للناقل أن يدفع بعدم التنفيذ ويمتنع بدوره عن استلام البضاعة والقيام بعملية النقل حتى يوفيه المرسل أجره، وله كذلك أن يطلب الفسخ مع التعويض وفقاً للقواعد العامة.

أما إذا كانت الأجرة مستحقة الوفاء عند الوصول، فإن القواعد العامة تعطيه الحق في حبس البضاعة، إذ يكون له أن يستند إلى المادة ٢٤٦ مدني التي تنص في فقرتها الأولى على أن: «لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به: مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به؛ أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كافٍ للوفاء بالتزامه هذا». فللناقل أن يمتنع عن تسليم البضاعة للمرسل إليه حتى يحصل على الوفاء.

كما تقرر له هذا الحق، كذلك، الفقرة الأولى من المادة ٢٣٩ تجارى بقولها «للناقل حبس الشئ محل النقل لاستيفاء أجرة النقل والمصاريف وغيرها من المبالغ التى تستحق له بسبب النقل.

وفضلاً عن حق الحبس، قرر له المشرع حق امتياز لاستيفاء الأجرة والمصاريف وجميع المبالغ المستحقة له بالأولوية. فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ تجارى على أن «للناقل امتياز على الثمن الناتج من التنفيذ على الشئ محل النقل لاستيفاء جميع المبالغ المستحقة له. ويتبع فى هذا التنفيذ اجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً»، أى الاجراءات التى نصت عليها المادة ١٢٦ من قانون التجارة الجديد.

١١١-٤- أثر هلاك البضاعة بقوة قاهرة علي الالتزام بدفع الأجرة:

لما كان التزام المرسل بدفع الأجرة يقابل التزام الناقل باتمام عملية النقل، فلا يستحق هذا الأخير الأجرة إلا بوصول البضاعة إلى المكان المتفق عليه. أما إذا هلكت البضاعة المنقولة فى الطريق بقوة قاهرة، أو حالت القوة القاهرة دون البدء فى تنفيذ النقل، أصبح التزام الناقل مستحيلاً، فيسقط بذلك التزام المرسل بدفع الأجرة. ولقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٣٦ تجارى بقولها «لا يستحق الناقل أجرة نقل ما يهلك بقوة قاهرة من الأشياء التى يقوم بنقلها». وكذلك المادة ٢٣٧ التى تقضى بأنه «إذا حالت القوة القاهرة دون ا لبدء فى تنفيذ النقل فلا يستحق الناقل أية أجرة». وهذان النصان ليسا سوى ترديداً للقاعدة العامة الواردة فى مادة ١٥٩ مدنى التى تنص على أنه «فى العقود

الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه».

ويلاحظ أن الفرض هنا هو أن الهلاك بقوة قاهرة، أو بخطأ الغير الذى تجتمع له شروط القوة القاهرة. أما إذا كان الهلاك بخطأ المرسل أو بعيب فى ذات البضاعة فللناقل أن يطالب بأجره كاملاً. وإذا كان بخطأ الناقل فإن الأمر لا يقتصر على سقوط حقه فى الأجرة فحسب، بل يلتزم الناقل كذلك بتعويض المرسل عن هذا الهلاك.

وسقوط حق الناقل فى الأجر عند هلاك البضاعة بقوة قاهرة ليس من قبيل الجزاء أو التعويض، بل هو توزيع عادل لآثار القوة القاهرة: إذ ليس من المقبول أن يتحمل المرسل أجرة النقل بعد أن هلكت البضاعة المنقولة جميعها. كذلك ليس من العدل أن ينجو الناقل تماماً من أى أثر للقوة القاهرة، فلا أقل من أن يسقط حقه فى الأجر، «وحسبه أن القوة القاهرة تعفيه من المسئولية الناشئة عن الضياع».

سقوط الالتزام بالأجر ة رهين، إذاً، بهلاك البضاعة هلاكاً كلياً. فإذا اقتصر أثر القوة القاهرة على اتلافها، فإن الناقل يستحق أجره كاملاً. أما إذا كان الهلاك جزئياً، فإنه لا يستحق الأجرة كاملة إلا عن الأشياء التى لم تهلك.

١١١-٥- أثر الظروف الطارئة على مقدار الأجرة:

قد تؤدى القوة القاهرة إلى استحالة القيام بعملية النقل فى الطريق الطبيعي المعتاد، فيضطر إلى سلوك طريق أطول. وتذهب غالبية الفقهاء فى هذه الحالة إلى الزام المرسل بدفع زيادة فى الأجرة تناسب الجهد الأكبر الذى بذله الناقل، وكثيراً ما يرد فى هذا الشأن نص صريح فى عقد النقل.

أما إذا أدت القوة القاهرة إلى استحالة وصول البضائع المنقولة إلى المكان المتفق عليه، بعد أن قطعت شوطاً من الطريق - كما إذا انهار جسر قبل عبور البضاعة - فإن الناقل، يستحق أجراً جزئياً عن عملية النقل الجزئية، أو على حد تعبير الفقرة الثانية من المادة ٢٣٧ تجارى «لا يستحق إلا أ جرة ما تم من النقل».

وفى جميع الأحوال للناقل المطالبة بمصاريف الشحن والتفريغ وغيرها من المصاريف الضرورية (م ٣/٢٣٧ تجارى).

١١٢- ثانيا: حقوق المرسل - توجيه البضاعة أثناء النقل:

حقوق المرسل الأساسية هى بلا ريب قيام الناقل بتنفيذ التزاماته، التى ستتكلم عنها فيما بعد. وهى تتركز فى القيام بعملية النقل وفقاً للبيانات التى تضمنها الاتفاق، وأن يسلمها إلى المرسل إليه الذى عينه له دون غيره.

ولكن هل يحق للمرسل أن يعدل هذه البيانات، فيطلب من الناقل مثلاً تسليم البضاعة إلى شخص آخر غير المرسل إليه الذى عينه أول الأمر؟ أو أن يطلب منه تسليمها فى مكان آخر؟

من الثابت فقهاً وقضاء أن للمرسل «الحق فى التصرف» فى البضاعة أثناء النقل Droit de disposition. وهذه تسمية غير دقيقة، والأصوب هو ما يطلقه عليه بعض الفقهاء من أنه: «حق فى توجيه البضاعة»، إذ أن هذه التسمية الأخيرة أكثر دقة وأقل إثارة للغموض. ذلك أنه لابد لنا أن نفصل، منذ البداية، بين مسألة ملكية البضاعة المنقولة. وبين مسألة حق توجيه هذه البضاعة أثناء النقل. فيجب ألا يقال مثلاً – كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة – أن للمرسل حق توجيه البضاعة المنقولة، وبالتالى حق اصدار الأوامر بشأنها إلى الناقل، طالما أنه لا يزال محتفظاً بملكيتها، و أن هذا الحق ينتقل إلى المرسل إليه منذ أن تنتقل إليه الملكية. مثل هذا القول يزج بالناقل فى مشاكل لا شأن له بها، لأنه يلتزم حينئذ، لكى يعرف من الذى له حق توجيه الأوامر واجبة الطاعة إليه، أن يتحرى ملكية البضاعة وأن يتتبع التصرفات التى تؤدى إلى انتقالها، وإلا ترتبت مسئوليته. وتلك أمور بالغة العسر، كما أنها تخرج عن نطاق التزامه بالقيام بعملية النقل.

لذلك رأينا الناقل لا يلتزم – عند ابرام عقد النقل – بأن يتحقق من ملكية

المرسل للبضاعة التى يطلب منه نقلها. ورأينا أن النقل فى حد ذاته عملية مادية ليس من شأنها أن تؤثر فى ملكية هذه البضاعة. والأمر كذلك عند توجيه البضاعة أثناء نقلها، فلا توجد صلة تلازم بين ملكية البضاعة وبين حق اصدار الأوامر إلى الناقل بشأنها.

وملكية البضاعة أمر خارج عن نطاق عقد النقل. وقد تنظمها العلاقة السابقة بين المرسل والمرسل إليه، عقد بيع مثلاً. وقد لا يكون هناك نقل ملكية على الاطلاق، كما إذا أراد المرسل أن ينقل بضاعته إلى حيث يودعها فى مخزن عام. وكل ذلك يخرج بالضرورة عن علم الناقل، فهو لا يعرف إلا مرسل البضاعة والمرسل إليه الذى عينه، ويتبلور التزامه الأساسى فى القيام بالالتزامات التى تعهد بها على الوجه الثابت فى وثيقة أو ايصال النقل.

لذلك يرتبط حق توجيه البضاعة المنقولة بحيازة مستند النقل، الوثيقة أو الايصال. وحيازته تكون أولاً للمرسل الذى أبرم العقد. فمنذ ابرام العقد يحق للمرسل، إذاً، أن يعدل أوامره إلى الناقل فيطلب منه أن يرسل البضاعة إلى شخص آخر غير المرسل إليه الأول، أو أن يغير من الطريق المتفق عليه، بل وله أن يطلب منه أن يعود بالبضاعة إليه مرة أخرى. وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يدفع المرسل للناقل الاجرة معدلة بمقدار ما أضاف إلى التزامات الناقل.

ويظل هذا الحق ثابتاً للمرسل مادام حائزاً لمستند النقل (وثيقة النقل أو الايصال). وللناقل أن يطلب من المرسل – قبل أن ينصاع إلى ما يلقيه إليه من أوامر – أن يبرز له مستند النقل، وأن يدون عليه البيانات الجديدة حتى يضمن عدم مساءلته فيما بعد، أو أن يطلب من المرسل أن يقدم إليه هذه البيانات مكتوبة وموقعاً عليها منه.

أما إذا خرج مستند النقل من يد المرسل بارساله إلى المرسل إليه، فإن حق المرسل فى توجيه البضاعة ينقضى، إذ يبدأ حق المرسل إليه المباشر فى مواجهة الناقل بشأن هذه البضاعة. فيصبح هو صاحب الحق فى توجيهها واصدار الأوامر بشأنها إلى الناقل.

ولا شك أن الحق في توجيه البضاعة أثناء الطريق يتعارض مع قوة العقد الملزمة للطرفين، إذ يستقل أحد الأطراف، وهو المرسل، بتعديل ما تم الاتفاق عليه. وأساس هذا الحق هو العرف التجارى المستقر الذى يحقق المصالح التجارية للطرفين: فلا ضير على الناقل من تعديل العقد وتغيير الطريق أو شخص المرسل إليه مادام يحترف النقل ومادام يتقاضى عن عمله الأجرة المناسبة وسائر النفقات التى يكون هذا التعديل قد اقتضاها.

ولقد أكد المشرع التجارى هذا العرف، ووضع الضوابط التى تكفل تطبيقه بما لا يؤدى إلى الاجحاف بمصلحة طرف على حساب مصلحة الآخر. فنص فى المادة ٢٣٢ تجارى على أنه «١- يجوز للمرسل أثناء وجود الشئ فى حيازة الناقل أن يأمر بالامتناع عن مباشرة النقل أو بوقفه واعادة الشئ إليه أو بتوجيهه إلى شخص آخر غير المرسل إليه الأصلى أو إلى مكان آخر وغير ذلك من التعليمات بشرط أن يدفع المرسل للناقل أجرة ما تم من النقل والمصاريف وتعويضاً عما يلحقه من ضرر بسبب التعليمات الجديدة. وإذا كان المرسل قد تسلم نسخة من وثيقة النقل وجب أن يقدمها إلى الناقل ليدون فيها التعليمات الجديدة موقعاً عليها من المرسل وإلا كان للناقل الامتناع عن تنفيذ هذه التعليمات، ٢- ينتقل الحق فى اصدار التعليمات المتعلقة بالشئ محل النقل إلى المرسل إليه بمجرد تسليمه وثيقة النقل. ويجب فى هذه الحالة أيضاً تقديم الوثيقة إلى الناقل ليدون فيها التعليمات الجديدة موقعاً عليها من المرسل إليه وإلا جاز للناقل الامتناع عن تنفيذها ٣- ولا يجوز اصدار تعليمات جديدة تتعلق بالشئ محل النقل بعد وصوله وطلب المرسل إليه تسلمه أو إخطاره بالحضور لتسلمه». كما نص فى المادة ٢٣٣ على أنه «على الناقل تنفيذ التعليمات ا لصادرة إليه ممن له الحق فى اصدارها طبقاً لأحكام المادة ٢٣٢ من هذا القانون إلا إذا كانت تخالف شروط النقل أو تعذر على الناقل تنفيذها أو كان من شأن تنفيذها اضطراب حركة النقل أو كانت قيمة الشئ محل النقل لا

تكفى لتغطية المصاريف التى يتحملها الناقل بسبب تنفيذها. وفى هذه الأحوال يجب على الناقل أن يخطر من أصدر التعليمات الجديدة بامتناعه عن تنفيذها وسبب هذا الامتناع. ويكون الناقل مسئولاً إذا امتنع عن التنفيذ دون مسوغ».

ويبين من هذين النصين أنه ينبغى، لكى يمارس المرسل حقه فى توجيه البضاعة، توفر الشروط التالية: أولاً، أن يقدم المرسل نسخة من وثيقة النقل المسلمة إليه إلى الناقل ليضع عليها التعليمات الجديدة مقرونة بتوقيع المرسل. ثانياً، أن تكون هذه التعليمات قابلة للتنفيذ. وتكون قابلة للتنفيذ إذا لم يكن الحق فى توجيه البضاعة قد انتقل إلى المرسل إليه بتسلمه وثيقة النقل. فلا يتصور، إذا ما انتقلت حيازة وثيقة النقل إلى المرسل إليه، أن يثبت الحق فى توجيه البضاعة إلى الاثنين معاً أى المرسل والمرسل إليه. إذ قد يصدران تعليمات متناقضة إلى الناقل فيستحيل الاجابة إليها. كذلك لا تكون التعليمات قابلة للتنفيذ إذا وصلت البضاعة إلى مكان الوصول وطلب المرسل إليه تسلمها أو أخطر بالحضور لتسلمها. ثالثاً، ألا يترتب على تنفيذ هذه التعليمات اضرار بالناقل أو المرسلين الآخرين. ومن صور الاضرار بالناقل اهدار قيمة الضمانات المقررة له، وهى الحبس والامتياز. ويتمثل هذا الاهدار فى الحالة التى تكون فيها قيمة الشئ محل النقل غير كافية لتغطية المصاريف التى يتحملها الناقل بسبب تنفيذ التعليمات الجديدة، أما الإضرار بالمرسلين الآخرين فمثالة تلف بضائعهم نتيجة اضطراب حركة النقل بسبب تنفيذ الناقل للتعليمات الصادرة إليه من المرسل.

وجدير بالذكر أن امتناع الناقل عن تنفيذ تعليمات المرسل دون أسباب مقبولة يؤدى إلى مسئوليته عن تعويض ما قد يلحق المرسل من أضرار بسبب ذلك. ويعد سبباً مقبولاً، يبرر الامتناع، مخالفة التعليمات لشروط النقل، أو إذا كان من شأن تنفيذها اضطراب حركة النقل أو اهدار قيمة الضمانات المقررة للناقل أو تعذر تنفيذها. فإذا توفر واحد من هذه الأسباب كان للناقل الامتناع عن

تنفيذ تعليمات المرسل دون أدنى مسئولية عليه، شريطة أن يخطر هذا الأخير بامتناعه عن التنفيذ وسبب هذا الامتناع.

الفرع الثاني

آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه

١١٣- علاقة مباشرة بين الناقل والمرسل إليه:

المرسل إليه أجنبي عن عقد النقل الذى تم بين المرسل والناقل. لذلك كان يجب ألا يرتب مثل هذا العقد أثراً بالنسبة للمرسل إليه تطبيقاً للقاعدة العامة فى نسبة آثار العقد. ومع ذلك، فإن عقد النقل يولد حقوقاً لصالحه والتزمات على عاتقه فى مواجهة الناقل مباشرة بشرط أن يقبل هذه الالتزامات وتلك الحقوق صراحة أو ضمناً. وفى ذلك تقول المادة ٢٢٢ تجارى «لا تثبت للمرسل إليه الحقوق الناشئة عن عقد النقل ولا يتحمل الالتزامات الناتجة عنه إلا إذا قبل هذه الحقوق والالتزامات صراحة أو ضمناً. ويعتبر قبولاً ضمنياً على وجه الخصوص تسلم المرسل إليه وثيقة النقل أو الشئ محل النقل أو المطالبة بتسليمه أو باصدار تعليمات بشأنه».

فمنذ أن يحوز المرسل إليه مستند النقل، فإنه يصبح من حقه أن يطالب الناقل بتسليم البضاعة إليه، وله أن يباشر ضده دعوى المسئولية فى حالة الهلاك أو التلف أو التأخير.

وإذا كانت الأجرة مستحقة الدفع عند الوصول، فإن المرسل إليه يلتزم أمام الناقل بدفع الأجرة، ويستطيع هذا الأخير أن يطالبه بها أمام القضاء وأن يستعمل حقه فى الحبس فى مواجهته.

وهذه العلاقة بين المرسل إليه والناقل علاقة مباشرة. فلا يمكن القول بأن المرسل إليه، فى رجوعه على الناقل، إنما يستعمل حقوق المرسل تطبيقاً للمادة ٢٣٥ مدنى. فالمرسل إليه فى مطالبته للناقل إنما يصدر عن نفسه، فلا

الفرع الثالث

آثار عقد النقل بالنسبة للناقل

١١٦- تمهيد:

يرتب العقد حقوقاً والتزامات على عاتق الناقل. والناقل هو الذى يقوم بالدور الأساسي فى العقد. ولذا فمسئوليته تعد من أهم المواضيع التى تثور فى شأنها المنازعات.

وسوف نتكلم عن حقوق الناقل، ثم عن التزاماته، وبعد ذلك نبحث مسئوليته، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

حقوق الناقل

١١٧- الحصول علي الأجرة - اجراءات تحفظية عند امتناع المرسل إليه عن الاستلام:

أهم حقوق الناقل هو الحصول على أجره. وقد سبق أن تكلمنا عن هذا الحق لأنه فى وجهه الآخر يدخل ضمن التزامات المرسل، وتكلمنا كذلك عن ضماناته فى الحصول على هذه الأجرة.

يبقى أن نبحث حقوق الناقل إذا امتنع المرسل إليه عن استلام البضاعة. ويحدث ذلك إذا ادعى المرسل إليه أن البضاعة قد تلفت أثناء النقل، أو إذا تأخرت بحيث لم يعد للمرسل إليه مصلحة فى استلامها. مثل هذه الادعاءات تكون عادة هى الخطوة الأولى لرفع دعوى المسئولية على الناقل. لذلك حرصت المادة ٢٣٤ تجارى على أن تهيئ للناقل فرص درء هذه المسئولية فى الوقت المناسب، واجراءات تحفظية تحميه من آثار دعوى المسئولية عند رفعها عليه.

فقد نصت هذه المادة على أنه «١- إذا توقف النقل أثناء تنفيذه أو لم

يحضر المرسل إليه لتسلم الشئ أو حضر وامتنع عن تسلمه أو عن دفع أجرة النقل والمصاريف المستحقة عليه وجب على الناقل أن يبادر إلى إخطار المرسل بذلك مع طلب تعليماته. واستثناء من أحكام المادة ٢٣٢ من هذا القانون يلتزم الناقل بتنفيذ التعليمات التى تصله من المرسل ولو تعذر على المرسل تقديم نسخة وثيقة النقل التى تسلمها من الناقل. ٢- وإذا لم تصل تعليمات المرسل خلال ميعاد مناسب جاز للناقل أن يطلب من القاضى المختص تعيين خبير أو أكثر لإثبات حالة الشئ والاذن له فى ايداعه عند أمين لحساب المرسل وعلى مسئوليته أو بيعه بالكيفية التى يعينها إذا كان الشئ معرضاً للهلاك أو التلف أو هبوط القيمة أو كانت صيانته تتطلب مصاريف باهظة، وايداع الثمن خزانة المحكمة لحساب ذوى الشأن».

فكأن للناقل فى الدفاع عن نفسه أن يلجأ إلى الوسائل التالية حتى يحمى نفسه من دعوى المسئولية:

١- إخطار المرسل بواقعة امتناع المرسل إليه عن استلام البضاعة أو عن دفع أجرة النقل والمصاريف المستحقة عليه، وطلب تعليماته فى هذا الشأن، وتنفيذ هذه التعليمات متى وصلت إليه فى ميعاد مناسب.

٢- اذا لم تصل هذه التعليمات، فله أن يطلب من القاضى المختص تعيين خبير أو اكثر لمعاينة البضاعة وإثبات حالتها.

٣- إذا أصر المرسل إليه على الامتناع، فللناقل أن يطلب من القاضى المختص الاذن له بايداع البضاعة عند أمين لحساب المرسل وعلى مسئوليته. فيكون بهذا الايداع قد حفظ حقه بإثبات حالة البضاعة عند وصولها، ثم تخلص من مسئولية ما يمكن أن يحدث لها بعد ذلك وازاح من على كاهله عبء الاستمرار فى المحافظة على البضاعة.

٤- ويجوز للناقل أن يطلب من القاضى المختص الاذن ببيع البضاعة، بالكيفية التى يعينها. ويحدث ذلك على الأخص إذا كانت البضاعة معرضة

للهلاك أو التلف، أو كان من المتوقع أن تهبط أسعارها فى فترة قصيرة، أو كانت صيانتها تتطلب مصاريف باهظة، ثم ايداع الثمن خزانة المحكمة لحساب ذوى الشأن. وبدهى أن الناقل سيتمكن عندئذ، بالنظر لحق الامتياز المقرر له، من الحصول على حقه بالأولوية على غيره من الدائنين.

المطلب الثاني

التزامات الناقل

١١٨- تمهيد:

متى قام المرسل بتسليم البضاعة للناقل تبدأ التزامات هذا الأخير، وهى سلسلة من المراحل التى تقتضيها عملية النقل. فعليه أن يتسلم البضاعة ويقوم بشحنها. ثم ينقلها فى الطريق وبالشروط المتفق عليها. ويجب عليه أن يحافظ على سلامة البضاعة أثناء الطريق. وأخيراً يقوم بتفريغ البضاعة وتسليمها للمرسل إليه.

١١٩- ١- استلام وشحن البضاعة:

يلتزم الناقل باستلام البضاعة بشرط أن تكون مطابقة لما اتفق عليه بينه وبين المرسل. فإذا تسلمها دون تحفظ فإن ذلك يفيد أنه تسلمها بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة فى وثيقة النقل، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٢٢٦ تجارى). ويتم الاستلام إما فى مكاتب الناقل أو مخازنه أو من محطة القيام أو من عند المرسل نفسه، كل ذلك حسب الاتفاق.

وأما الشحن Chargement، فهو وضع البضاعة فى مكانها المهيأ لها بالعربات أو بالقطار الذى سيجرى النقل بواسطته. ويقوم به الناقل عادة لأنه تابع لعملية النقل الرئيسية (م ٢٢٧/١تجارى). والشحن يقتضى عناية خاصة لأنه يتطلب رص البضاعة Arrimage بشكل معين يحميها من التلف أثناء النقل، وتغطيتها أو وضعها فى عربات مقفولة لحمايتها من الأمطار أو أشعة

الشمس. وقد ينص الاتفاق على أن المرسل هو الذى يقوم بشحن بضاعته فى عربات الناقل، وعندئذ يكون هو المسئول عما يؤدى إليه عيب الشحن من تلف. ومع ذلك إذا قبل الناقل تنفيذ النقل دون تحفظ خاص بعملية الشحن التى قام بها المرسل، فيفترض أن الشحن قد تم وفقاً للأصول الصحيحة حتى يقيم الناقل الدليل على عكس ذلك (م ٢/٢٢٧ تجارى). وإذ طلب المرسل أن يكون الشحن على وسيلة نقل بمواصفات معينة، فلا يكون الناقل مسئولاً عما ينجم عن استعمالها من ضرر (م٣/٢٢٧ تجارى). ويجب مراعاة نصوص العقد فيما تضمن من تفصيلات خاصة بالشحن على أى حال.

١١٩-٢- نقل البضاعة فعلاً Mise en route:

ويرتبط الناقل فى ذلك بالمواعيد المتفق عليها وبالطريق المبين فى العقد. وإذا خلا العقد من اتفاق على الطريق، وجب على الناقل اتباع أفضل الطرق (م١/٢٢٨ تجارى).

ومع ذلك يجوز للناقل أن يغير الطريق المتفق عليه إذا وجدت ضرورة تلجئة إلى ذلك. وفى هذه الحالة لا يسأل الناقل عن التأخير أو غيره من الأضرار التى تنجم عن تغيير الطريق إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم فى جانبه أو فى جانب تابعيه. وللناقل أيضاً الحق فى المطالبة بالمصروفات الإضافية الناشئة عن ذلك (م ٢/٢٢٨ تجارى).

وعندما يكون الناقل خاضعاً لاشراف ادارى فإن عملية النقل تنظمها عادة لوائح ادارية خاصة يجب على الطرفين اتباعها، وتترتب مسئولية من يخالفها فيلتزم بالتعويض.

١١٩-٣- المحافظة علي سلامة البضاعة أثناء النقل:

البضاعة، أثناء عملية النقل، تعد فى حراسة الناقل. لذلك يجب أن يبذل فى حفظها وصيانتها العناية العادية Soins normaux التى تكفل وصولها

سليمة. هذه العناية تقتضي من الناقل، ليس فقط مجرد الحفظ، بل وكذلك ما يلزم البضاعة من تدخل يومي للعناية والصيانة التي تقتضيها عملية النقل ذاتها والتي تدخل دائرة نشاطه المهني كناقل. وإذا اقتضت المحافظة على البضاعة أثناء الطريق اعادة الحزم أو إصلاح الأغلفة أ و زيادتها أو تخفيفها أو غير ذلك من التدابير الضرورية، وجب على الناقل القيام بها وأداء ما تستلزمه من مصاريف على أن يرجع بها على المرسل أو المرسل إليه ما لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه. ومع ذلك لا يلتزم الناقل بالقيام بالتدابير غير المعتادة في النقل كرش النبات بالماء أو إطعام الحيوان أو سقيه أو تقديم الخدمات الطبية له ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢/٢٢٩ تجارى).

والتزام الناقل بالحفظ والصيانة محدود بالوقت الذى تكون فيه البضاعة تحت سيطرته. لذلك يجب أن تتحقق المحكمة من أن التلف أو الهلاك قد حدث أثناء عملية النقل. وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك، إذ قضت أنه «لا وجه لمساءلة مصلحة سكك حديد الحكومة المصرية عن فقد بعض متاع تولت نقله إلا أن يقوم الدليل المقنع على أن الفقد حصل أثناء نقلها للمتاع. فإذا كانت قد طالبت بالتحقق من ذلك وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهرى ولم يشر إليه، فإنه يكون قاصراً قصوراً يعيبه».

١٢٩-٤- تفريغ البضاعة وتسليمها للمرسل إليه:

عند وصول البضاعة يقوم الناقل بتفريغها Déchargement، أى إخراج البضاعة المرصوصة من العربات أو السيارات تمهيداً لتسليمها للمرسل إليه. وعملية التفريغ تعتبر ملحقة بعملية النقل، فيتولاها الناقل ويكون مسئولاً عنها، ما لم ينص القانون أو الاتفاق أو يقضى العرف على أنها تقع على عاتق المرسل إليه، وحينئذ لا يسأل الناقل عن الضرر الذى يقع بسبب التفريغ (م٢٣٠/تجارى). وفى جميع الأحوال يتحمل الناقل مصاريف التفريغ ما لم يتفق أو يجرى العرف على غير ذلك (م٢/٢٣٠ تجارى).

هذا وبينما تعد عملية التفريغ عملية مادية – تقابل عملية الشحن عند بداية النقل – فإن التسليم الأخير عملية قانونية ذات أهمية كبرى، فبها تنتهي التزامات الناقل وتنحسر مسئوليته عن البضاعة المنقولة.

وعملية التسليم للمرسل إليه Livraison، شأنها فى ذلك شأن الاستلام من المرسل Réception، تخضع فى ميعادها ومكانها وظروفها لما يحدده الاتفاق بين المرسل والناقل. فإذا لم يكن التسليم واجباً فى محل المرسل إليه، فعلى الناقل أن يخطره بوصول البضاعة وبالميعاد الذى يستطع خلاله الحضور لتسلمها. وعلى المرسل إليه تسلم البضاعة فى الميعاد الذى عينه الناقل والالتزام بمصاريف التخزين. وللناقل بعد انقضاء هذا الميعاد أن ينقل البضاعة إلى محل المرسل إليه مقابل أجرة اضافية (م٢٣١/١ و٢تجارى).

وعملية التسليم تؤدى إلى التقاء المرسل إليه بالناقل. ولا شك أن هذا اللقاء يقتضى من كل منهما يقظة وحرصاً وإلا تعرضت مصالحهما للخطر.

فعلى الناقل أن يتحقق من شخصية المرسل إليه، ولا يسلمه البضاعة إلا إذا أبرز له مستند الناقل وتحقق من صحته. والأمر سهل إذا كانت الوثيقة أو الايصال للحامل، إذ يتم تسليم البضاعة للحامل أياً كانت شخصيته. أما إذا كانت إذنية فعلى الناقل أن يتحقق من تسلسل التظهيرات حتى المظهر إليه الأخير. وإذا كانت أسمية فإنه يتحقق من أن طالب التسليم هو ذات المرسل إليه. وقد يتقدم إليه وكيل المرسل إليه فلا يسلمه إلا إذا اتضحت له صحة الوكالة وصحة توقيع المرسل إليه، وقاضى الموضوع يقدر العناية الواجبة فى هذا الصدد.

أما المرسل إليه، فإن من مصلحته الجوهرية أن يفحص البضاعة قبل استلامها ودفع أجرة النقل، ويكون ذلك بالوسائل المناسبة التى تطمئنه على سلامتها سواء من الظاهر أو من الداخل، ويتحقق أيضاً من مطابقة البضاعة للبيانات الواردة بمستند النقل. وعلى الناقل بطبيعة الحال أن يمكنه من

الفحص المعقول وإلا جاز للمرسل إليه رفض تسلم البضاعة (م٢٣١/٣تجارى). ذلك أن للاستلام بالنسبة للمرسل إليه أهمية كبرى فيما يتعلق بدعوى المسئولية على الناقل، وسوف نعرض لها فيما بعد، هذا إلى أن إثبات تلف البضاعة أثناء النقل يصبح عسيراً جداً بعد أن يتسلمها المرسل إليه فعلاً.

وهناك حالات يمتنع فيها الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه، وأخرى يمتنع فيها المرسل إليه عن استلام البضاعة منه، فما هى هذه الحالات ؟

١٢٠- حالات امتناع الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه:

١٢٠- أولاً: حالة عدم دفع أجرة النقل وثمن البضاعة:

عرضنا من قبل لحق الناقل فى أن يحبس البضاعة حتى يستوفى من المرسل إليه أجرة النقل والمصروفات إذا كانت واجبة الدفع عند الوصول. ونعرض الآن لحالة أخرى هى حالة ما إذا كانت البضاعة مرسلة بشرط دفع الثمن Contre - remboursement. فقد يتفق المرسل مع الناقل على ألا يسلم الناقل البضاعة للمرسل إليه إلا إذا أدى ثمن هذه البضاعة، ويكون ذلك عادة عند وجود اتفاق بين المرسل والمرسل إليه على ان يدفع هذا الأخير الثمن عند الوصول. هذا الاتفاق الخاص بين المرسل والناقل يجعل من هذا الأخير وكيلاً عن المرسل فى قبض الثمن، ويكون مسئولاً إذا لم يقبضه عند تسليم البضاعة للمرسل إليه. فإذا امتنع المرسل إليه عن دفع الثمن وأجرة النقل فإن للناقل أن يستعمل حقاً مزدوجاً فى حبس البضاعة: حق الحبس الثابت له شخصياً باعتباره ناقلاً لم يستوف أجره، وحق الحبس الثابت للبائع (المرسل) والذى يباشره الناقل باعتباره وكيلاً مسئولاً عن استعماله نيابة عنه حتى قبض الثمن.

والراجح فى الفقه والقضاء أن الناقل لا يبرأ من هذه المسئولية ازاء البائع المرسل إذا اكتفى بالحصول من المرسل اليه على شيك بثمن البضاعة، لأن

الوفاء بالشيك لا يعد وفاء خالصاً قبل قبض قيمة الشيك بالفعل. فعلى الناقل فى هذه الحالة أن يستمر فى حبس البضاعة لحساب المرسل إلى أن يقبض قيمة الشيك، وإلا كان مسئولاً إذا ظهر أنه بدون رصيد أو أفلس المسحوب عليه قبل التقدم بالشيك.

١٢٠ - ثانياً- حالة الحجز على البضاعة تحت يد الناقل:

وقد يوقع أحد دائنى المرسل أو المرسل إليه حجزاً على البضاعة تحت يد الناقل. والحجز لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من دائنى مالك البضاعة وقت الحجز. فإذا كانت البضاعة قد انتقلت ملكيتها إلى المرسل إليه، فإن الحجز الموقع من دائنى المرسل لا يكون صحيحاً. كذلك لا يكون حجز دائنى المرسل إليه على البضاعة صحيحاً إذا لم تكون ملكية البضاعة قد انتقلت إليه بعد. هذا ومادام الحجز من دائنى المرسل أو من دائنى المرسل إليه يكون على البضاعة وهى تحت يد الناقل (حجز ما للمدين لدى الغير)، فالفرض، إذاً، أن الناقل لابد وأن يتثبت من ملكية البضاعة حتى يتحقق من صحة الحجز.

ولكننا نعلم أن لا شأن للناقل بمسألة الملكية، فهى مسألة ينظمها الاتفاق بين المرسل والمرسل إليه، والناقل لا علم له به وليس من شأنه أن يعلم به. والنتيجة التى تترتب على ذلك هي أن يمتنع الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عن ردها إلى المرسل إذا أوقع الحجز دائن لأحدهما، بل ينتظر إلى أن يفصل القضاء فى مسألة الملكية وبالتالى فى صحة الحجز. وقد استقر الرأى، سواء فى الفقه أو القضاء، على أنه لا يكون مسئولاً إذا تبين أنه امتنع عن تسليم البضاعة على أثر حجز غير صحيح، اللهم إلا فى الأحوال النادرة التى يكون فيها الناقل على علم تام بملكية البضاعة وبأن الحجز باطل. ومثال ذلك حالة ما إذا كان انتقال ملكية البضاعة المبيعة متوقفاً على دفع الثمن عند الوصول Contre remboursement، وكان الناقل نفسه مكلفاً من قبل المرسل بقبض الثمن قبل تسليم البضاعة للمرسل إليه.

وارتباط صحة الحجز بمسألة الملكية، وبالتالي حق الناقل في الامتناع عن تسليم البضاعة أو ردها بمجرد وقوع الحجز باعتباره غير ذي علم بمسألة الملكية، هو الرأي الذي نراه راجحاً في الفقه والقضاء. ولكن الفقيه جوسران Josserand انتقد هذا الرأي بشدة، قائلاً إن صحة الحجز تتوقف، لا على ملكية البضاعة أثناء النقل، وإنما على حق التصرف فيها، والعبرة في ذلك بحيازة مستندات النقل. فطالما ظلت مستندات النقل في يد المرسل كان لدائنيه وحدهم حق الحجز على البضاعة تحت يد الناقل. ولكن إذا انتقلت هذه المستندات إلى المرسل إليه انتقل حق الحجز على البضاعة إلى دائني هذا الأخير. وقد انضم إلى هذا الرأي فريق من الفقهاء في فرنسا وفي مصر. ويستند هذا الرأي إلى القول بأن هذا الحجز ليس حجزاً تنفيذياً، وإنما هو من قبيل الحجز التحفظي aisi-arrêt، فلا يشترط أن يكون المدين مالكاً، بل يكفي أن يكون دائناً. وصاحب حق التصرف (أو التوجيه) على البضاعة يعد دائناً للناقل بمقتضى هذا الحق، وبالتالي يصح الحجز.

ومن مزايا هذا الرأي أنه يكون في استطاعة الناقل أن يعلم بصحة الحجز، فلا يمتنع عن تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عن ردها للمرسل إلا إذا صدر الحجز من دائني الحائز لمستندات النقل.

ولكنه رأي يسمح بالتحايل. فإذا قام بالحجز دائنو المرسل، فإن هذا الأخير يستطيع أن يسرع بارسال مستند النقل إلى المرسل إليه. وإذا قام به دائنو المرسل إليه، فإن هذا الأخير يستطيع أن يرد المستندات إلى المرسل، فيبطل الحجز في الحالتين. ولا يكون من مصلحة الدائنين حينئذ أن يقوموا بالحجز تحت يد الناقل، لأن ابطاله لن يكلف المدين إلا ما تتقاضاه مصلحة البريد عن ارسال مستند النقل إلى الطرف الآخر.

لذلك فإن الرأي الراجح – الذي يربط صحة الحجز بمسألة الملكية – هو السائد على الأقل من الناحية العملية. فالذي يحدث عملاً أن الناقل يمتنع عن

تسليم البضاعة عند توقيع الحجز منتظراً كلمة القضاء. والقضاء يفصل فى صحة الحجز بالبحث فى ملكية البضاعة. لذلك يحسن أن نستمر فى الفصل بين حيازة مستندات النقل التى تقرر حق توجيه البضاعة واصدار الأوامر فى شأنها إلى الناقل، وبين الملكية التى تظل أمراً ينفرد بتنظيمه المرسل والمرسل إليه، دون أن يكون على الناقل أن يعلم به أو يسأل عنه.

١٢١- حالات امتناع المرسل إليه عن تسلم البضاعة - إحالة:

أما الحالات التى يمتنع فيها المرسل إليه عن التسلم، فهى الحالات التى تكون فيها البضاعة قد تلفت أو تأخرت، أو تكون مخالفة للصنف أو النوع المطلوب. ويكون امتناع المرسل إليه تمهيداً لرفع دعوى المسئولية على الناقل. وقد رأينا فيما سبق كيف تبين المادة ٢٣٤ تجارى الاجراءات التحفظية التى يستطيع الناقل القيام بها صيانة لحقوقه وضماناً لسلامة دفاعه فى دعوى المسئولية.

المطلب الثالث

مسئولية الناقل

١٢٢- تمهيد:

مسئولية الناقل هى أهم الموضوعات التى تثار أمام القضاء فيما يتعلق بعقد النقل. وقيمة التعويضات التى تؤدى إليها دعاوى المسئولية تجعل منها عبئاً مرهقاً يسعى الناقل إلى التخلص منه بالشروط الاتفاقية. كذلك يتدخل المشرع بوضع آجال قصيرة يترتب على انقضائها سقوط دعوى المسئولية.

أولاً: حالات المسئولية

١٢٣- مسئولية تعاقدية عن الهلاك أو التلف أو التأخير:

مسئولية الناقل مصدرها عقد النقل. فالناقل مسئول عن تنفيذ الالتزامات التى يرتبها عليه والتى سبق لنا عرضها. وأهم هذه الالتزامات هى المحافظة على سلامة البضاعة أثناء النقل. فالناقل يخل بهذا الالتزام التعاقدى، وبالتالى

تترتب مسئوليته، إذا لم يسلم البضاعة لأنها فقدت أو هلكت هلاكاً كلياً. ويكون مسئولاً أيضاً إذا سلم جزءاً منها فقط لأن الباقي منها قد هلك أو فقد (هلاك جزئي) وكذلك إذا سلمها تالفة أو إذا سلمها متأخراً عن الموعد المتفق عليه.

والمسئولية تعاقدية، وهي تبدأ من وقت تكفل الناقل بالبضاعة بتمام تسلمها من المرسل (م٢٤٠/١)، وتنتهي بتسليمها للمرسل إليه أو وكيله أو إلى الأمين الذي يعينه القاضي لاستيداعها إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل أو من تابعيه (م ٢٤١ تجاري). ويترتب على ذلك أن الناقل يعتبر مسئولاً بمجرد الهلاك أو التلف أو التأخير خلال هذه الفترة. وليس صحيحاً أن الخطأ هنا مفترض، لأن الأمر هنا لا يتعلق بقرينة الخطأ، بل بقرينة المسئولية التي تظهر بمجرد عدم تسليم البضاعة لهلاكها أو بمجرد تلفها أو ضياعها أو وصولها متأخرة. وهذا هو المعنى الذي تؤكده كل من المادة ١/٢٤٠ تجاري التي تنص على أن «يسأل الناقل من وقت تسلمه الشئ محل النقل عن هلاكه كلياً أو جزئياً وعن تلفه وعن التأخير في تسليمه»، والمادة ١/٢٤٤ التي تنص على أنه «لا يجوز للناقل أن ينفي مسئوليته عن هلاك الشئ... أو تلفه أو التأخير في تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشئ أو خطأ المرسل أو المرسل إليه». وتؤكده كذلك محكمة النقض المصرية، إذ قضت بأن «مسئولية أمين النقل هي مسئولية تعاقدية، فإذا لم يقم بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه كان مسئولاً عن نتيجة اخلاله بالتزامه ولا يدرأ عنه هذه المسئولية إلا أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع لسبب قهري لا يد له فيه...».

وتشمل مسئولية الناقل أفعاله وأفعال تابعيه التي تقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. ويعتبر تابعاً كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل (م٢١٣/١ و٢ تجاري).

١٢٤- عبء الإثبات:

الأصل أن الإثبات على المدعي، وهو هنا المرسل أو المرسل إليه، أيهما

رفع دعوى المسئولية على الناقل. ولكن لأن الالتزام التعاقدى على عاتق الناقل التزام بنتيجة، فإن عبء الإثبات على المدعى ليس مرهقاً. إذ يكفيه أن يثبت واقعة استلام الناقل للبضاعة عند القيام، وذلك بتقديم مستند النقل الذى هو كما رأينا ايصال يقدمه الناقل. ثم يثبت، بكافة طرق الإثبات، الضرر الذى أصابه من عدم تنفيذ الناقل لالتزامه، أى واقعة الهلاك أو التلف أو التأخير. ويستعان فى تقدير الضرر بأهل الخبرة.

عند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى الناقل الذى يدعى حالة من حالات الاعفاء، كالقوة القاهرة أو خطأ المرسل أو عيب البضاعة، ينفى بها رابطة السببية بين عدم تنفيذ التزاماته، وبين الضرر الحاصل للمدعى من جراء الهلاك أو التلف أو التأخير. فإذا أثبت الناقل إحدى هذه الحالات، جاز للمدعى نقض هذا الإثبات بإقامة الدليل على أن الضرر لم يحدث بسببها (م٢٤٤/٢ تجارى).

١٢٥- حالات الاعفاء من المسئولية - السبب الأجنبي:

والحالات التى تنتفى فيها مسئولية الناقل والتى جاء ذكرها فى المادة ١/٢٤٤ تجارى، وهى القوة القاهرة التى لا يد للناقل فيها وخطأ المرسل وعيب البضاعة، تجتمع فى واقع الأمر عند حالة واحدة هى: السبب الأجنبى عن فعل الناقل. فلا يكفى الناقل لكى ينفى مسئوليته التعاقدية أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ، أو أنه قد اعتنى بالبضاعة عناية الناقل العادى، كذلك لا يعفيه من المسئولية أن يكون السبب مجهولاً. وإنما تنتفى مسئوليته إذا أثبت أن السبب الحقيقى فى وقوع الضرر سبب أجنبى لا يد له فيه. إذ أنه بإثباته علاقة السببية بين هذا السبب الأجنبى وبين وقوع الضرر، ينفى فى ذات الوقت رابطة السببية بين عدم تنفيذ التزامه وبين وقوع الضرر. وإنما يجب لذلك بطبيعة الحال أن يكون السبب الأجنبى هو السبب المباشر والوحيد للضرر Cause directe et unique.

ويجدر بنا، قبل أن نستعرض حالات السبب الأجنبي، أن نشير إلى أن العرف يجرى على ضرورة قبول النقص الطبيعي الذى يحدث للبضاعة أثناء عملية النقل دون أن يكون ناجماً عن عيب فيها Les déchets de route. وهو النقص الناتج عن «تلازم طبيعة البضاعة مع عملية النقل». ويحدد العرف مقدار المسموح به بالنسبة للبضائع المختلفة. ولقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٢٤٢ تجارى بقولها «لا يسأل الناقل عما يلحق الشئ عادة بحكم طبيعته من نقص فى الوزن أو الحجم أثناء النقل ما لم يثبت أن النقص نشأ عن سبب آخر».

١٢٥- ١- القوة القاهرة La force Majeure:

هى حادث لا يمكن دفعه ولا يمكن توقعه وليس للناقل دخل فى حدوثه. فلا مسئولية على الناقل عندما يحول هذا الحادث بينه وبين تسليم البضاعة بلا تلف فى الموعد المحدد. ومن أمثلة القوة القاهرة الحوادث الطبيعية المفاجئة كالبراكين والزلازل والفيضانات والعواصف، أو الأوامر الإدارية واجبة التنفيذ Fait de prince كأمر الاستيلاء على وسائل النقل أو الغاء بعض الطرق. ويعد كذلك من قبيل القوة القاهرة فعل الغير إذا توفرت فيه شروطها، بأن كان لا يمكن دفعه ولا توقعه ولم يكن لاهمال الناقل دخل فى امكان حدوثه، كالسرقة بقوة السلاح رغم وجود حراسة كافية.

وقد أراد بعض الفقهاء أن يفرق بين القوة القاهرة كما رأينا وبين الحادث الجبرى Cas fortuit.

ومقترح هذه التفرقة هو الفقيه اكسر، إذ قال إن القوة القاهرة تجمع بين عنصرين: ١- خارجيتها Extériorité، ٢- أهميتها ووضوحها Importance et notoriété. أما الحادث الجبرى فهو يأتى من الداخل، وينجم من جراء تشغيل آلة النقل، كانفجار القاطرة مثلاً. وتناول الفقيه جوسران هذه التفرقة محدداً

الحادث الجبرى بأنه الحادث الداخلى، بينما القوة القاهرة خارجية. وأوضح معنى خارجية فقال أن ذلك لا يعنى أن تكون كذلك من الناحية المادية، وإنما يكفى أن تكون كذلك من الناحية العقلية والقانونية بأن تكون سبباً لا ينبعث من مشروع النقل ولا يعتبر من مخاطرة الطبيعية.

وقد رتب الفقهاء على هذه التفرقة أن القوة القاهرة وحدها هى سبب اعفاء الناقل، بينما يظل مسئولاً عن الحوادث الجبرية باعتبارها من المخاطر التى خلقها مشروع النقل.

والتفرقة لا تخلو من صحة. وقد كان القصد من المناداة بها الحد من حالات القوة القاهرة وتوسيع مسئولية الناقل. وكانت هذه التفرقة من العوامل التى أدت إلى انزلاق المسئولية التقصيرية من نطاق الخطأ إلى المسئولية التى تترتب بلا خطأ على أساس تحمل تبعة المخاطر Risque créé.

ولقد أخذ المشرع فى قانون التجارة الجديد بهذه التفرقة حيث نص فى المادة ٢١٤ على أن ،١- لا يعتبر من القوة القاهرة فى عقود النقل انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان التى تسير عليها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التى ترجع إلى الأدوات أو الآلات التى يستعملها الناقل فى تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ولمنع ما تحدثه من ضرر. ٢- وكذلك لا يعتبر من القوة القاهرة الحوادث التى ترجع إلى وفاة تابعى الناقل فجأة أو اصابتهم بضعف بدنى أو عقلى أثناء العمل ولو ثبت أن الناقل اتخذ الحيطة لضمان لياقتهم البدنية والعقلية،.

١٢٥- ٢- خطأ المرسل La Faute de l'expéditeur،

قد تهلك البضاعة أو تتلف بخطأ المرسل، عندئذ لا مسئولية على الناقل. وأكثرما يثار خطأ المرسل فى حالات قيامه بالتعبئة والحزم أو بعملية الشحن فى عربات الناقل. كذلك فى الحالات التى يقدم فيها بضاعة لا تحتمل النقل فى

مناخ معين كالحرارة الشديدة أو البرودة الشديدة. وكثيراً ما يحدث أن يرد الناقل دعوى المسئولية المرفوعة عليه بادعاء خطأ المرسل. وعبء الإثبات يقع فى هذه الحالة على الناقل، وهو إثبات صعب إلى حد بعيد إذا كان الناقل قد تسلم البضاعة دون تحفظ. لأن تسلمه اياها دون تحفظ يفيد، وفقاً لنص المادة ٢٢٦ تجارى، أنه تسلمها بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة فى وثيقة النقل.

ويميل القضاء إلى ترتيب مسئولية الناقل حتى فى حالات اهمال المرسل فى الحزم، إذا كان هذا الاهمال ظاهراً للناقل، أو كان مما لا يخفى على الناقل العادى، وأقدم مع ذلك على استلام ونقل البضاعة (م٢/٢٢٤ تجارى). كذلك لا يجوز له نفى مسئوليته عن هلاك أو تلف البضاعة التى قام بنقلها بإثبات أن الضرر قد نشأ عن عيب فى تغليف بضاعة أخرى أو فى تعبئتها أو حزمها. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م٣/٢٢٤ تجارى).

١٢٥- ٣- عيب البضاعة Le vice propre des marchandises:

لا مسئولية على الناقل إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يرجع إلى عيب داخلى فى البضاعة أو طبيعة فيها، كما إذا كانت حيوانات مريضة فنفقت أثناء النقل، أو سوائل تتبخر أو تتخمر. كذلك قد يتلف بعض البضائع لأنها لا تتحمل الانتظار المدة اللازمة لعملية النقل كبعض أنواع الخضروات والفاكهة. ولكن إذا ثبت أن الناقل قد تأخر فى عملية النقل وأنه استعمل وسائل بطيئة، وترك البضاعة (شحنة من البرتقال) على الأرصفة، فإن الناقل يتحمل مسئولية التلف. وعلى الناقل عبء الإثبات. ولا يقتصر الأمر على مجرد إثبات أن طبيعة البضاعة أو عيبها هو الذى أدى إلى التلف، بل عليه أن يثبت أنه لم يكن يستطيع أن يحول، بوسائله وعنايته العادية، بينها وبين الهلاك أو التلف. وهو مكلف - فى حدود عنايته العادية أيضاً - بأن يحصر التلف فى أضيق نطاق ممكن، فيقلل من الخسائر ما استطاع.

المبحث الثاني

آثار عقد النقل

١٣٧ - تقسيم:

يرتب عقد النقل حقوقاً والتزامات على عاتق أطرافه، المسافر من ناحية، والناقل من ناحيـة أخرى والذى يقوم بالدور الأساسى فى العقد. لذا فإن مسئوليته تعد من أهم الموضوعات التى تثور فى شأنها المنازعات. وسوف نتكلم عن التزامات المسافر (المطلب الأول)، ثم عن التزامات الناقل (المطلب الثانى) وأخيراً عن مسئوليته (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التزامات المسافر

١٣٨ - دفع الأجرة واحترام لوائح النقل:

الالتزام الأساسى للمسافر هو كالالتزام الأساسى للمرسل فى عقد نقل البضائع، أى دفع الأجرة فى الميعاد المتفق عليه أو المعين فى لوائح النقل أو الذى يقضى به العرف (م ٢٥٥/١ تجارى).

وإذا حالت القوة القاهرة دون مباشرة النقل، أو قامت قبل مباشرته ظروف تجعله خطراً على الأرواح، فلا يستحق الناقل أجرة النقل فى مقابل عدم التزامه بالتعويض بسبب عدم تنفيذ النقل (م ٢٥٦/١ تجارى). وذلك محض تطبيق للقواعد العامة.

أما إذا قامت القوة القاهرة أو الخطر على الأرواح أثناء تنفيذ النقل، فلا يستحق الناقل الأجرة إلا عن الجزء الذى تم من النقل (م ٢٥٦/٢ تجارى).

كما لا يستحق الناقل الأجرة فى حالة عدول المسافر عن النقل قبل مباشرته وقيامه باخطار الناقل بهذا العدول فى موعد مناسب (م

٢/٢٥٧ تجارى) . والموعد المناسب، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٧ تجارى، هو قبل اليوم المعين لتنفيذ النقل، وفى أحوال الضرورة يوم السفر نفسه بشرط أن يصل الاخطار قبل الساعة المعينة لتنفيذ النقل.

أما إذا عدل المسافر عن مواصلة النقل بعد مباشرته، بأن ترك وسيلة النقل المقلة له أثناء توقفها مثلاً، فتستحق عليه الأجرة كاملة، إلا إذا كان العدول لضرورة فلا يلتزم إلا بأجرة الجزء الذى تم تنفيذه من الرحلة (م٢٥٧/٣ تجارى) . كما لو داهمته أزمة صحية طارئة أثناء السفر وقبل الوصول إلى المكان الذى يقصده، فاضطر إلى ترك وسيلة النقل أثناء الطريق.

كذلك تستحق الأُجرة كاملة إذا لم يحترم المسافر مواعيد النقل ولم يحضر فى الميعاد المعين للسفر (م ٢٥٨ تجارى).

هذا وللناقل حبس أمتعة المسافر ضماناً لأجرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة بسبب النقل. كما أن له امتيازاً على الثمن الناتج من التنفيذ على أمتعة المسافر لاستيفاء حقوقه. ويتبع فى هذا الشأن اجراءات التنفيذ فى الرهن التجارى (م ٢٦٢).

ولكن هناك التزامات ثانوية متعددة تقع على عاتق المسافر وتقتضيها سلامته وراحته وسلامة غيره من المسافرين وراحتهم. هذه الالتزامات تتناولها اللوائح والقرارات الخاصة بالتفصيل اللازم وتنشر غالباً باللصق على جدران العربات المهيأة للسفر. هذه التعليمات روعى فيها مصلحة الناقل ومصلحة المسافرين على حد سواء. وعلى ذلك لا يجوز للناقل أن يتنازل للمسافرين عن ضرورة اتباعها.

فكأن التزامات المسافر هى فى ذات الوقت حقوقه. ويفسر ذلك أن عربة نقل الأشخاص تضم فى الواقع مجتمعاً صغيراً من المسافرين. فعلى كل مسافر أن يحترم تعليمات الناقل، ولكل مسافر أن يطلب من الناقل فرض احترام هذه

التعليمات على المسافرين الآخرين. ولقد حرصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٥ تجارى على تأكيد هذا الالتزام صراحة، فقضت بأن على الراكب «اتباع تعليمات الناقل المتعلقة بالنقل». هذه التعلميات تتعدد وتتنوع بتعدد القرارات الخاصة بوسائل النقل، وليس لها أهمية قانونية خاصة.

وإذا خالف المسافر هذه التعليمات فإن الأمر لا يقتصر على اعتباره مقصراً فى تنفيذ العقد، وإنما يعد مرتكباً لمخالفة، فيحرر له محضر ويطرد من وسيلة النقل عند وقوفها فى أول محطة.

وأخيراً فإن للمسافر أن يحمل معه أمتعته Bagages فى حدود الوزن المقرر. وقد يحتفظ بحراستها أو قد يتخلى عنها للناقل. وفى الحالة الأخيرة فإن نقل الأمتعة يخضع للقواعد المطبقة على نقل البضاعة السابق ذكرها (م٢٦٩/٣تجارى). أما إذا احتفظ بحراستها فيكون مسئولاً عما تسببه من اضرار للناقل أو تابعيه أو للغير (م ٢/٢٦٩تجارى). كما لو أدى ملامستها إلى، أو نجم عن رائحتها أو حجمها، ازعاج المسافرين الآخرين أو اتلاف لأمتعتهم... إلخ.

ويجب أن تكون الأمتعة مطابقة لشروط النقل. ويجوز للناقل قبل مباشرة النقل أو أثناء الطريق أن يفحصها وبحضور المسافر للتحقق من ذلك (م٢/٢٦٣تجارى).

المطلب الثاني

التزامات الناقل

١٣٩- أولاً: القيام بعملية النقل:

يلتزم الناقل بأن يقوم بعملية النقل كما اتفق عليها. فيجرى النقل إلى مكان الوصول فى الميعاد المتفق عليه أو المبين فى لوائح النقل أو الذى يقضى به العرف. فإذا لم يعين الميعاد، فيجب على الناقل تنفيذ النقل فى الميعاد الذى يستغرقه الناقل العادى إذا وجد فى نفس الظروف (م ٢/٢٦٣).

ويلتزم الناقل، كذلك، بأن يهيئ للمسافر الراحة التى تعهد له بها، فيوفر له مكاناً فى الدرجة المبينة فى تذكرته. فإذا اضطر المسافر لسبب أو لآخر، كالازدحام مثلاً، إلى الانتقال لمكان في درجة أدنى من تلك المبينة فى تذكرته جاز له مطالبة الناقل برد الفرق بين أجرتى الدرجتين (م٢٦١/١ تجارى).

وإذا دفع المسافر أجرة اضافية مقابل مزايا خاصة، فيجب على الناقل أن يوفرها له، وإلا التزم برد هذه الأجرة حال طلبها من المسافر (م٢٦١/٢ تجارى).

وإذا تعطل النقل بسبب يرجع إلى الناقل أو تابعيه، أو إلى الوسائل التى يستعملها فى النقل، فيلتزم الناقل، عندما يختار المسافر وسيلة نقل أخرى، بمصاريف ايصاله إلى المكان المتفق عليه فضلاً عن التعويض إذا كان له مقتض (م٢٥٩ تجارى).

وإذا توفى الراكب أو أصيب بمرض أثناء تنفيذ عقد النقل فيلتزم الناقل باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أمتعته إلى أن تسلم إلى ذوى الشأن. وفى حالة وجود أحد من ذوى الشأن عند وقوع الوفاة أو المرض، جاز له أن يتدخل لمراقبة التدابير التى يتخذها الناقل وأن يطلب منه إقراراً بوجود أمتعة الراكب فى حيازته (م٢٧٠ تجارى).

ونادراً ما يقاضى المسافر الناقل بسبب التأخر الطفيف فى ميعاد الوصول، أو مضايقات الازدحام أثناء الطريق. ولكنه لا يتوانى فى مداعاته إذا ما أصيب بأضرار بدنية. كما يقاضيه ورثة المسافر فى حالة موته أثناء الطريق وذلك استناداً إلى الالتزام الهام الذى يقع على عاتقه، وهو الالتزام بضمان سلامة المسافر أثناء المدة التى تستغرقها عملية النقل.

١٣٩- ثانياً: الالتزام بضمان سلامة المسافر Obligation de securité:

يقر الرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى بوجود هذا الالتزام على عاتق الناقل، ولا ينكره إلا أقلية من الفقهاء. ويستند المنكرون إلى القول بأنه

لا يوجد نص فى العقد على هذا الالتزام، وأنه لا يدخل فى نية المتعاقدين، وأنه لا يصح القياس على عقد نقل البضائع لأن فى ذلك إهداراً لكرامة الانسان؛ وأخيراً، حتى ولو افترضنا وجود هذا الالتزام التعاقدى، فليس أسهل على الناقل من أن يسرع بنفيه صراحة فى العقد فيعلن أنه لا يضمن سلامة المسافر.

ولا شك لدينا فى أن رأى غالبية الفقه والقضاء هو الصحيح المتفق مع طبيعة نقل الأشخاص: فالالتزام بضمان سلامة المسافر لا يحتاج إلى نص فى العقد، بل ولا يحتاج إلى أن تنصرف إليه نية المتعاقدين على وجه خاص، ذلك أنه من صميم التزام الناقل بالنقل، ويرتبط به ارتباطاً لا يقبل الانفصام. فمن غير المقبول أن نفترض أن التزام الناقل يقتصر على نقل «جثة» المسافر من مكان القيام إلى مكان الوصول. ولا حاجة لأن يرد النص فى العقد على أن الناقل قد تعهد بنقل المسافر حياً سليماً، لأن مثل هذا التعهد يرتفع إلى مصاف البدهيات التى لا يجوز أن تكون محل نص خاص، بل ولا داعى لأن تنصرف إليها نية خاصة.

ولا دخل لكرامة الانسان فى هذا الموضوع، لأننا لا نقيس حياة الانسان بسلامة البضائع. ولا شك أنه يجب الاعتداد بأن على المسافر أن يقوم من جانبه بكل ما يكفل سلامته ويتجنب ما يمكن أن يعرضه للخطر. فضمان سلامة المسافر ليس مطلقاً، لأن المسافر لا يكون تحت سيطرة الناقل أثناء الطريق. لذا سنرى أن الناقل يستطيع أن ينفى مسئوليته إذا أثبت أن الضرر كان نتيجة لخطأ المسافر نفسه.

أما عن احتمال أن ينص الناقل فى العقد على أنه لا يضمن سلامة المسافر، فلا ريب أن هذا النص يكون مخالفاً للنظام العام وباطلاً لعدم المشروعية. هذا فضلاً عن أنه من الناحية العملية البحتة لن يستفيد الناقل من استبعاد المسئولية التعاقدية. لأنه سيقع فى نطاق المسئولية التقصيرية باعتباره حارساً لآلة النقل. وهى طبقاً للقواعد ا لعامة مسئولية مفترضة تعفى المسافر من عبء الإثبات وتجعله كله على عاتق الناقل.

ولقد نص قانون التجارة الجديد على هذا الالتزام صراحة فقضى فى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٤ بأن «يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل. ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى باعفاء الناقل من هذا الضمان».

المطلب الثالث

مسئولية الناقل

١٤٠- مسئولية عقدية - متي تبدأ ومتي تنتهي:

هى، إذاً، مسئولية عقدية تترتب إذا أخل الناقل بالتزاماته، وأهمها الالتزام بضمان السلامة. لذلك تحد هذه المسئولية بحدود تنفيذ عقد النقل. ففى النقل بالسكك الحديدية مثلاً يبدأ تنفيذ العقد - ومن ثم تبدأ مسئولية الناقل - منذ دخول المسافر إلى الرصيف المعد لوقوف القطار. وفى النقل بالسيارات أو الترام أو غيرها من العربات المعدة للنقل تبدأ المسئولية منذ الوقت الذى يحدث فيه الاتصال المادى بين المسافر والسيارة أو الترام، أى من الوقت الذى يكون فيه المسافر داخل العربة أو السيارة أو الترام، وتنتهى بخروج المسافر من الرصيف المعد لوقوف القطار أو نزوله من العربة أو الترام.

ويصح أن تنقطع المسئولية خلال تنفيذ عقد النقل إذا انقطع اتصال المسافر وآلة النقل مؤقتاً، كتغيير الترام أو القطار مثلاً، وتعود المسئولية بعودة هذا الاتصال بعد فترة الانقطاع. ويعترض بعض الفقهاء على انقطاع المسئولية خلال تنفيذ العقد. ولكن الواقع أن قاضى الموضوع لابد وأن يضع فى اعتباره هذا الانقطاع الذى قد يطول، إذ لا يجوز أن يسأل الناقل عن ضرر وقع للمسافر بعد أن أصبح بعيداً عن آلة النقل ولو بصفة مؤقتة. ولقد نصت على ذلك كله الفقرة الثانية من المادة ٢٦٤ تجارى بقولها «يشمل تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين شروع الراكب فى الصعود إلى وسيلة النقل فى مكان القيام ونزوله منها فى مكان الوصول. وفى حالة وجود أرصفة لوقوف وسيلة النقل يشمل

تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين دخول الراكب إلى الرصيف فى مكان القيام وخروجه من الرصيف فى مكان الوصول. وإذا اقتضى الأمر تغيير وسيلة النقل فى الطريق فلا يشمل الضمان فترة انتقال الراكب من وسيلة نقل إلى أخرى فى غير حراسة الناقل أو تابعيه».

١٤١- مسئولية الناقل في حالة وفاة المسافر:

لا شك أن المسئولية العقدية تنقضى بوفاة المسافر. فإذا قتل المسافر فى الحادث أثناء النقل فلا يحق للورثة الرجوع على الناقل بسبب الأضرار المادية أو الأدبية التى لحقتهم شخصياً إلا بمقتضى المسئولية التقصيرية، إذ لا يربطهم بالناقل عقد ما. لذلك حرص القضاء – حين كانت المسئولية التقصيرية عاجزة عن حماية المصاب – على أن يجنبهم الالتجاء إلى المسئولية التقصيرية، وذلك بافتراض أنهم مستفيدون فى اشتراط لمصلحة الغير عقده المسافر المتوفى مع الناقل حين ابرم عقد النقل. وهو افتراض لا يتفق مع الحقيقة، إذ لا يجول فى ذهن المسافر عادة أنه سيلقى حتفه أثناء السفر فيشترط لمصلحة ورثته. لذلك تعرض هذا الافتراض لنقد كثير من الفقهاء. ولا شك أن الأمر قد أصبح لا يحتاج إلى هذا التحايل بعد أن أصبحت المسئولية التقصيرية عن حراسة الأشياء تلقى بعبء الإثبات على عاتق الناقل فتتشابه بذلك فى النتائج مع المسئولية العقدية.

فالأسلم، أن يرجع ورثة المسافر المتوفى على الناقل بمقتضى المادة ١٧٨ مدنى وهى تكفى لحمايتهم، وتتفق مع التكييف القانونى السليم.

وتنص المادة ٢٧١ تجارى على أنه «يجوز لورثة المسافر أو الأشخاص الذين يعولهم تنفيذاً لالتزام بالنفقة اقامة دعوى المسئولية على الناقل لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم أو عائلهم سواء وقعت الوفاة إثر الحادث مباشرة أو بعد انقضاء فترة زمنية من وقوعه». ويبين من هذا النص

أن الدعوى فى هذه الحالة هى الدعوى العقدية التى كانت للمورث والتى قرر المشرع، بمقتضى هذا المادة، بانتقالها إلى الورثة. فكأن لورثة المتوفى دعويين: دعوى عن الأضرار التى أصابتهم شخصياً، وهى دعوى تستند إلى المسئولية التقصيرية؛ ودعوى عن الأضرار التى لحقت مورثهم وهى دعوى تستند إلى المسئولية العقدية.

١٤٢- نفي المسئولية بإثبات السبب الأجنبي - فعل المسافر:

يستطيع ناقل الأشخاص – كناقل البضائع – أن ينفى مسئوليته العقدية. والتى تترتب بمجرد اخلاله بالتزاماته، إذا أثبت السبب الأجنبى الذى أدى إلى عدم تنفيذه لها.

والسبب الأجنبى إما أن يكون القوة القاهرة ويلحق بها فعل الغير الذى تتوفر فيه شروط القوة القاهرة، أو فعل المسافر. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ تجارى بقولها «لا يجوز للناقل أن ينفى مسئوليته عن التأخير أو عن الأضرار البدنية أو غير البدنية التى تلحق الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب».

ولا جديد فيما يتعلق بالقوة القاهرة – بالمعنى السابق ايضاحه عند الحديث عن نقل البضاعة، –أو فعل الغير.،وإنما الجديد فى فعل المسافر. إذ يتضح هنا الفارق بين مسئولية ناقل البضائع ومسئولية ناقل الأشخاص. وأساسه كما رأينا أن موضوع النقل مختلف في الحالتين. وهو فى عقدنا هذا شخص له ارادة حية متصرفة، فلابد له أن يشترك مع الناقل فى مسئولية حماية نفسه من الأخطار أثناء النقل، فيحذر الحذر الكافى، ويتبع التعليمات التى تضمن سلامته. ولا يكون فعل المصاب معفياً للناقل إلا إذا كان خطأ أو اهمالاً أو عدم مراعاة للوائح والتعليمات، وكان هو وحده السبب فى كل الضرر. فإذا اشترك خطأ المسافر وخطأ الناقل فى حدوث الضرر، فإن الناقل يلتزم بالتعويض بنسبة الخطأ الذى اشترك فيه. وهناك أمثلة قضائية كثيرة لحالات خطأ

المسافر، كنزوله من الجانب الأيسر من الترام أو القطار، أو صعوده إلى العربة بعد أن تحركت للمسير، وكذلك نزوله منها قبل أن تتوقف.

وقد بلورت بعض الأحكام الفرنسية فعل المسافر في التزام خاص يقع على عاتقه ويقابل التزام الناقل بضمان السلامة. فقررت أن المسافر ملتزم بأن يسهر على سلامته الشخصية Sa propre obligation de veiller a securité. ذلك أن هذين الالتزامين المتقابلين، على عاتق المسافر وعلى عاتق الناقل، يتضافران معاً لتحقيق نتيجة واحدة: هي وصول المسافر سليماً Sain et sauf. فلا يجوز أن يسأل الناقل عن الضرر الذي يصيب المسافر، إذا كان هذا الأخير يستطيع أن يتجنب هذا الضرر بقليل من الحرص.

على أن كل ذلك لا يغير من الوضع العام في مسئولية الناقل العقدية، فعليه دائماً عبء إثبات فعل المسافر وأنه هو السبب في الضرر الذي حدث.

١٤٣- تشدد القضاء مع الناقل في تقرير مسئوليته:

ويتشدد القضاء عادة مع الناقل ويميل إلى تقرير مسئوليته لكي يستقر التعويض على عاتقه آخر الأمر.

ففيما يتعلق بفعل المسافر، تتشدد المحاكم الفرنسية عادة في قبوله كسبب من أسباب اعفاء الناقل، وتتلمس له المعاذير. وهي تطلب من الناقل أن يثبت خطأً ظاهراً أو متميزاً من جانب المسافر، فلا يكفي الخطأ التافه أو الخطأ غير الملحوظ. كما تتطلب أن تكون رابطة السببية بين فعل المسافر والضرر الذي حدث رابطة واضحة متميزة، وأن يضع الناقل التحذيرات اللازمة في أماكن ظاهرة في محطات القيام أو الوصول أو في وسائل النقل ذاتها. إذا أن القضاء يفترض أن المسافر لا يكون ملماً بكل ما يجب عليه اتباعه، على الأخص في فتح الأبواب أو النوافذ أو في عبور الرصيف. فإذا ارتكب خطأً في استعمال هذه الأشياء كان الناقل مع ذلك مسئولاً إذا لم يكن قد اتخذ ما يكفل تنبيه المسافر.

والأمر كذلك، على وجه أعم، فيما يتعلق بإثبات السبب الأجنبي الذي يعفي الناقل، أي القوة القاهرة أو فعل الغير. إذ يتشدد القضاء عند تقديره لمدى توفر شروط السبب الأجنبي في الواقعة المحدثة للضرر، ويميل إلى إلقاء عبء المسئولية على الناقل حتى في الحالات التي يتجلى فيها السبب الأجنبي بوضوح كافٍ.

والذي لا شك فيه أن القضاء، سواء في فرنسا أو في مصر، يهدف - من وراء محاولاته الواضحة لنفي شروط القوة القاهرة - أن يضمن للمضرور تعويضاً عادلاً يستقر على عاتق الناقل، باعتباره الأقوى، لصالح المسافر المضرور باعتباره الأضعف. وهو هدف نبيل يتمشى مع الرغبة في الحفاظ على حياة الانسان وسلامته الجسدية باعتباره خليفة الله في الأرض.

١٤٤- الشروط الاتفاقية المحددة أو المعفية من المسئولية:

المبدأ العام أن سلامة الإنسان وكيانه الشخصي لا يجوز أن يكونا موضوعاً لاتفاقات خاصة، لمنافاة ذلك للنظام العام. ورغم وضوح هذا المبدأ، فإن المشرع حرص، مع ذلك، على تأكيده على نحو يقيني وقاطع، فنص في المادة ١/٢٦٤ تجاري على بطلان كل اتفاق يهدف إلى اعفاء الناقل من ضمان سلامة المسافر أثناء تنفيذ عقد النقل، كما قرر في المادة ١/٢٦٧ تجاري بأن «يقع باطلاً كل شرط يقضي باعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسئولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية». واعتبر في حكم الاعفاء من المسئولية، ومن ثم يعتبر باطلاً، «كل شرط يكون من شأنه الزام الراكب بدفع كل أو بعض نفقات التأمين من مسئولية الناقل، وكل شرط ينزل بموجبه الراكب للناقل عن حقوقه في التأمين من أخطاء الناقل» (م ٢/٢٦٧ تجاري).

وفيما عدا الأضرار البدنية «يجوز للناقل أن يشترط اعفاءه كلياً أو جزئياً من المسئولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تلحق الراكب» (م ١/٢٦٨). ولكن يشترط لصحة هذه الشروط المعفية أو المحددة

للمسئولية أن تكون مكتوبة وإلا اعتبرت كأن لم تكن. وإذا كان عقد النقل محرراً على نماذج مطبوعة وجب أن تكون هذه الشروط واضحة ومكتوبة بكيفية تسترعى الانتباه، وإلا جاز للمحكمة أن تعتبرها كأن لم تكن (م٢٦٨/٢ تجارى).

وبدهى ألا يستفيد الناقل من الشروط سالفة الذكر إذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعيه (م ٢٦٨/٣ تجارى).

١٧٤- ١- دعوي المسئولية علي ناقل الأشخاص- القواعد العامة:

فرق المشرع فيما يتعلق بالتقادم بين دعوى المسئولية عن وفاة الراكب أو اصابته بأضرار بدنية، ودعوى المسئولية عن التأخير.

ففى الحالة الأولى، تتقادم الدعوى بمضى سنتين من تاريخ وقوع الوفاة، أو من تاريخ وقوع الحادث فى حالة الاصابة بأضرار بدنية (م ٢٧٢/١ تجارى).

أما فى الحالة الثانية، فتكون مدة تقادم الدعوى سنة تسرى من الميعاد المعين للوصول، أو فى حالة عدم التعيين من الميعاد الذى كان يستغرقه الناقل العادى فى النقل لو وجد فى الظروف نفسها (م٢٧٢/٢ تجارى).

وطبيعى ألا يستفيد الناقل من هذا التقادم القصير إذا صدر منه أو من تابعيه غش أو خطأ جسيم.

الفصل الثالث

الوكالة بالعمولة للنقل وتعدد الناقلين

١٤٥- تمهيد:

قد يبدو غريباً أن نتناول، فى مبحث واحد، موضوعين لا يربطهما – فيما يبدو – صلة، كموضوعى الوكالة بالعمولة للنقل وتعدد الناقلين. هذه الغرابة تزول حينما نعلم أن أكثر ما يكون الالتجاء إلى الوكيل بالعمولة للنقل يكون فى الحالات التى تستلزم تعدد الناقلين. وإنه حتى عند عدم الالتجاء إلى وكيل بالعمولة للنقل، فإن غالبية الفقهاء يميلون إلى اعتبار الناقل الأول – حال تعدد الناقلين – فى مركز الوكيل بالعمولة فيما يتعلق بالمرحلة التى يتولاها الناقل الثانى، وهكذا.

والواقع أنه بين هذين العقدين – عقد الوكالة بالعمولة من ناحية وعقد النقل، من ناحية أخرى – ليس ثم شك فى أن النقل هو العقد ذو الطابع الأقوى، وأنه العقد الأغلب فى تحديد مركز الوكيل بالعمولة للنقل والقواعد التى تحكم علاقاته بالمرسل وبالناقل.

فوكيل النقل يختلف أشد الاختلاف عن الوكيل بالعمولة بالبيع أو الشراء. فهو لا يقف ذلك الموقف المتوسط بين المرسل من ناحية، وبين الناقل من ناحية أخرى. بل ان دوره يكاد يندمج مع دور الناقل، لدرجة أن بعض الفقهاء يرون – ولهم سندهم من منطق العمل – أنه لا يوجد عقدان متتاليان كما هو الحال فى وكالة البيع أو الشراء، وإنما يوجد عقد واحد ثلاثى الأطراف يتم بين المرسل والوكيل والناقل ويثبت فى وثيقة النقل.

ومهمة الوكيل بالعمولة قد تطورت لكى تقترب أكثر من مهمة الناقل. فقد كانت وسائل النقل، قبل انتشار السكك الحديدية، غير ميسورة ولا منتظمة. وكان وكيل النقل يقوم حينئذ بدور يقرب من دور الوكيل بالبيع أو الشراء، أى

يقوم بالتوسط بين المرسل والناقل المناسب. وكانت حاجة المرسل إلى الوكيل بالعمولة تشبه حاجة البائع أو المشترى إليه: أى العثور على هذا الناقل المناسب الذى لا يستطيع أن يصل إليه بمفرده.

ولكن تطور وسائل النقل، وعلى الأخص بعد انتشار السكك الحديدية، جعل الاتصال بين المرسل والناقل مباشرة أمراً بالغ السهولة، كما أن تعريفة النقل لم تعد محل جدل أو نقاش. ولم يعد المرسل فى حاجة إلى خبرة وكيل خاص ليحصل له على مزايا تزيد عما يستطيع هو أن يحصل عليه بنفسه. وليس ثم شك فى أنه لا يوجد أى مصلحة ولا معنى للسرية بين المرسل (الموكل) وبين الناقل (الغير المتعاقد). لذلك فإن اسم المرسل يرد فى بيانات تذكرة النقل التى يحتفظ بها الناقل، كما أن المرسل يعرف الناقل الذى تعاقد معه الوكيل بالعمولة.

لذلك يغلب أن يكون الوكيل ناقلاً فى ذات الوقت، وأن يقوم بنفسه بالمرحلة الأولى من مراحل النقل. فتكون الفائدة التى يجنيها المرسل من الالتجاء إليه هى تجنب التعاقد مع عدة ناقلين متتابعين، والقيام بالاستلام والتسليم بعد كل مرحلة. هذا الدور الخاص الذى يقوم به الوكيل هو الذى دفع المشرع إلى إفراد الفرع الثالث من الفصل السابع - الخاص بالنقل - من الباب الثانى من قانون التجارة الجديد للوكالة بالعمولة للنقل.

المبحث الأول

عقد الوكالة بالعمولة للنقل

١٤٦- تعريف الوكالة بالعمولة للنقل والأحكام المطبقة عليها:

تعرف المادة ١/٢٧٣ تجارى الوكالة بالعمولة للنقل بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يبرم باسمه ولحساب موكله عقداً لنقل أشياء أو عقد نقل أشخاص وبأن يقوم عند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بهذا النقل».

ويعتبر الوكيل ناقلاً وتسرى عليه أحكام عقد النقل إذا تولى النقل بوسائله الخاصة (م ٢/٢٧٣ تجارى).

وتسرى على الوكالة بالعمولة للنقل، بجانب الأحكام الخاصة بها والواردة فى المواد من ٢٧٣ إلى ٢٨٣ تجارى، الأحكام الخاصة بعقد الوكالة بالعمولة الواردة فى المواد من ١٦٦ إلى ١٧٦ من ذات التقنين.

١٤٧- مركز الوكيل بالعمولة: ضامن بحكم القانون:

لعل أهم ما يميز الوكيل بالعمولة للنقل هو أنه ضامن بحكم القانون، إذ تنص المادة ٢٧٧ تجارى على أن «يضمن الوكيل بالعمولة للنقل سلامة الراكب أو الشئ موضوع النقل ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك». كل ذلك على عكس القاعدة فى عقد الوكالة بالعمولة للبيع أو للشراء، حيث لا يضمن الوكيل تنفيذ العقد إلا باشتراط خاص فيه.

ويكون الوكيل بالعمولة للنقل ضامناً حتى ولو كان الموكل قد فرض عليه اختيار ناقل معين. ولكن من النادر أن يلجأ المرسل إلى فرض ناقل معين على الوكيل بالعمولة، لأنه أولاً فى غير حاجة إلى ذلك فى الحالات – الكثيرة – الذى يفرض الناقل فيها نفسه عليهما معاً بقوة احتكاره القانونى أو الفعلى. ولأنه ثانيا لا يلجأ إلى الوكيل بالعمولة للنقل إلا وهو ينوى أن يترك له حرية واسعة فى الاختيار، ولو أنه أراد ناقلاً معيناً لبادر بالالتجاء إليه دون وساطة.

فالوكيل بالنقل، إذاً، ضامن. وليس معنى الضمان هنا، كما قد يتبادر إلى الذهن، كفالة تنفيذ النقل. وإنما معناه أن الموكل يستطيع أن يسأل الوكيل بالعمولة كما لو كان هو الناقل؛ ومسئوليته عن النقل كمسئولية الناقل تماماً. ولا يوجد بين النصوص القانونية الخاصة بالوكالة بالعمولة للنقل أى تفرقة بين مركز الوكيل بالعمولة للنقل ومركز الناقل. فالمسئولية واحدة من حيث أساسها وكيفية نفيها (م١/٢٧٨ و٢ تجارى)، ومن حيث مداها، أى شروط الاعفاء منها

أو تحديدها (المادتان ٢٧٩، و٢٨٠ تجارى)، ومن حيث دعواها والدفع بعدم قبولها وتقادمها (م ٢٨٣تجارى).

بل إن أحكام محكمة النقض قد أفصحت صراحة عن هذه الوحدة بين المركزين فى أحكامها الصادرة قبل العمل بقانون التجارة الجديد. فقضت بأن «مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن تلف البضاعة مفترضة أصلاً طبقاً للمادتين ٩١ و٩٢ من قانون التجارة (القانون الملغى) ولا يعفيه منها إلا اقامة الدليل على القوة القاهرة أو العيب فى البضاعة أو خطأ أو اهمال من المرسل. فإذا تلفت البضاعة ولم يثبت الوكيل بالعمولة المكلف بنقلها شيئاً من ذلك، فإنه يتحمل مسئولية هذا التلف ولا يكون المرسل هو المكلف باثبات خطأ الوكيل بالعمولة فى هذه الحالة». وقضت كذلك بأنه «متى كان الثابت أن البضاعة تلفت ولم يتسلم المرسل إليه شيئاً منها فلا يجدى الوكيل بالعمولة للنقل التمسك بالمادة ٩٩ من قانون التجارة دفعاً لدعوى التعويض عن هذا التلف لرفعها عليه بعد ثلاثين يوماً، إذ أن هذه المادة تستلزم حصول استلام المرسل إليه البضاعة ودفع الأجر».

ومعنى ذلك أن الموكل، سواء أكان هو المرسل أو الراكب، يسأل الوكيل بالعمولة للنقل كما لو كان هو الناقل.

١٤٨- العمولة التي يتقاضاها الوكيل بالعمولة للنقل:

يغلب أن تندمج هذه العمولة فى أجرة النقل عن المرحلة التى يقوم فيها هذا الوكيل بالنقل بنفسه، إذ يتقاضى الوكيل أجراً اجمالياً عن عملية النقل بكل مراحلها. ويتضن هذا الأجر الاجمالى عناصر ثلاثة: عمولة الوكيل، وأجرة النقل عن المرحلة التى يكون فيها ناقلاً، وأجرة الناقلين الآخرين. أما إذا لم يشترك الوكيل فى النقل بنفسه، فإن الأجر الاجمالى لا يتضمن بطبيعة الحال إلا العنصرين الأول والثالث. وفى الحالتين لا تستقل العمولة بكيان خاص.

وكثيراً ما يجهل المرسل أو الراكب تماماً مقدار العمولة التى استخلصها الوكيل لنفسه من الأجر الاجمالى الذى اتفق على دفعه، فهى لا تخرج عن أن تكون الفرق بين هذا الأجر وبين تعريفة النقل. والثابت فى العرف أن الوكيل إذا استطاع أن يحصل من الناقلين على أجر مخفض أو مزايا خاصة، فإن الذى يستفيد منها هو الموكل الذى كلفه بابرام عقد النقل. وفى ذلك تقول المادة ٢/٢٧٦ تجارى «ولا يجوز للوكيل بالعمولة للنقل أن يقيد فى حساب موكله أجرة نقل أزيد من الأجرة التى اتفق عليها مع الناقل. وكل ما يحصل عليه الوكيل من مزايا من الناقل تعود منفعته إلى الموكل ما لم يتفق فى عقد الوكالة بالعمولة أو يقضى العرف بغير ذلك».

معالم العمولة، إذاً، غير بارزة فى وكالة النقل. وقد حدا ذلك ببعض الفقهاء إلى القول بأن الأمر لا يتعلق هنا بعقد وكالة بالعمولة، وإنما بعقد مقاولة. وأن الوكيل بالعمولة للنقل إنما هو فى الواقع مقاول نقل "Entrepreneur de transport"، لأن المقاول هو الذى يتقاضى أجراً اجمالياً يحدده مقدماً.

١٤٩- علاقة مباشرة بين الموكل والناقل:

على خلاف القاعدة العامة التى رأيناها فى الوكالة بالعمولة بصفة عامة، توجد علاقة مباشرة بين الموكل أو المرسل أو الراكب وبين الناقل، أى الغير الذى تعاقد معه الوكيل بالعمولة للنقل. وتستند هذه العلاقة المباشرة إلى المادة ٢٨١ تجارى التى تقضى بأن «لكل من الموكل والناقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل، وكذلك لكل من الراكب أو المرسل إليه والناقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق المذكورة، وفى جميع الأحوال يجب ادخال الوكيل بالعمولة للنقل فى الدعوى».

فهذه المادة، إذاً، تجعل العلاقة ثلاثية، بل إنها فى حالة نقل البضائع تجعل

العلاقة رباعية مباشرة وذلك إذا أضفنا المرسل إليه الذى تربطه هو، أيضاً، علاقة مباشرة مع الوكيل بالعمولة ومع الناقل على حد سواء.

١٥٠- الأساس القانوني لهذه العلاقة:

وقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بالأساس القانونى لهذه العلاقة المباشرة: فقال البعض إنها الانابة. وقال البعض إنها وكالة من الباطن؛ وقال آخرون إنها الاشتراط لمصلحة الغير؛ ولم ينس أنصار نظرية النيابة الناقصة أن يعلنوا انتصار نظريتهم فى تبرير هذه العلاقة المباشرة بعد أن لاقوا العقبات والمصاعب فى وكالة البيع والشراء. وأضاف بعض الفقهاء حديثاً رأياً يقول بأن هذه العلاقة المباشرة ليست إلا تطبيق المادة ١٠٦ مدنى على الروابط الناشئة من تنفيذ الوكالة بالعمولة فيما بين الموكل والغير إذ الناقل يعلم بالنيابة، أو هو يستوى عنده التعامل مع الأصيل أو مع النائب.

والواقع أنه ليس من الصعب توجيه النقد إلى هذه النظريات: إذ لا يمكن اعتبار الناقل وكيلاً من الباطن، وهو ليس كذلك. ولا يمكن تطبيق نظرية الانابة لأنها تؤدى إلى تضامن جميع الناقلين المتعددين مع الوكيل بالعمولة للنقل وهو يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء فى هذا الشأن. ومركز الوكيل بالعمولة الذى يتلقى الأوامر من المرسل أو الراكب، يختلف تمام الاختلاف عن مركز المشترط فى الاشتراط لمصلحة الغير، إذ أن هذا المشترط يشترط لنفسه ثم للمستفيد أو على الأقل لابد أن تكون له فى الاشتراط مصلحة. ثم هو، أى المشترط، لا يتلقى الأوامر من المستفيد كما يتلقاها الوكيل بالعمولة من المرسل.

أما نظرية النيابة الناقصة فقد رأينا أنها تنادى بعلاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد، وهذه العلاقة المباشرة موجودة فعلاً بين المرسل أو الراكب، وبين والناقل. ومع ذلك فهذه النظرية لا يمكن الأخذ بها فى القانون المصرى لأسباب قانونية وفنية كثيرة.

ولا يبقى بعد ذلك إلا أحدث هذه الآراء، وهو الذى يرى أن تلك العلاقة المباشرة ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٠٦ مدنى. فالناقل يعلم ولا شك أن الوكيل بالعمولة يتعاقد لحساب المرسل أو الراكب. ويستوى عنده، على أى حال، شخص المتعاقد إذ أن الاعتبار الشخصى يكاد ينعدم فى عقد النقل. لذلك تنصرف الآثار مباشرة بين الأصيل (المرسل أو الراكب) والغير المتعاقد (الناقل). فهذه العلاقة المباشرة محض تطبيق للقواعد العامة.

وهذا الرأى يبدو طبيعياً سهلاً إلى الحد الذى يجعل المرء يتساءل: كيف أمكن أن تقوم هذه النظريات الكثيرة فى تبرير الأساس القانونى للعلاقة بين المرسل أو الراكب وبين الناقل، بينما المادة ١٠٦ مدنى قائمة بيننا؟ هذه السهولة الشديدة كان الأجدر بها أن تثير الكثير من الحذر، إذ لا يمكن أن يكون الأمر كله بهذه البساطة ولا يراه مع ذلك أحد.

وواقع الأمر الذى لا شك فيه هو أن المادة ١٠٦ مدنى لا تصلح، – وليس من شأنها أن تصلح – لتفسير هذه العلاقة الثلاثية، بل الرباعية إذا أضفنا المرسل إليه، الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل.

فهذه المادة خاصة، كما هو واضح، بترتيب آثار النيابة بين الأصيل وبين من تعاقد مع النائب. وهى تقول أن هذه الآثار لا تترتب إذا لم يعلن النائب صفته. ولكن هذه الآثار تترتب، مع ذلك، إذا كان من تعاقد معه النائب يعلم هذه الصفة أو كان يستوى عنده وجودها أو عدمه. وينبنى على ذلك أنه فى هاتين الحالتين تضاف الآثار إلى الأصيل مباشرة ولا تضاف إلى النائب، إذ يصبح هذا الأخير فى مركز النائب العادى الذى أعلن هذه الصفة وقت ابرام العقد.

فلو أننا قلنا بتطبيق المادة ١٠٦ مدنى على الوكالة بالعمولة للنقل، فإن ذلك قد يبرر العلاقة المباشرة بين المرسل أو الراكب وبين الناقل، ولكنه يتحتم علينا أن ننفى كل علاقة بين المرسل أو الراكب وبين الوكيل بالعمولة للنقل تأسيساً

على عقد النقل الذى أبرمه هذا الأخير، إذ يكون حينئذ فى مركز الوكيل العادى الذى يبرم العقد نيابة عن موكله دون أن تنصرف إليه آثاره. وهذه نتيجة تختلف تمام الاختلاف عما نعرفه عن المركز الهام الذى يحتله الوكيل بالنقل فى آثار عقد النقل. إذ قد رأينا أنه ضامن بحكم القانون، وأنه مسئول فى مواجهة المرسل والمرسل إليه، وكذلك فى مواجهة الراكب، عن عملية النقل كما لو كان هو الناقل، وهو مسئول شخصياً فى مواجهة الناقل الذى تعاقد معه. فالوكيل بالعمولة للنقل هو مركز هذه العلاقة الثلاثية المباشرة التى تتفرع إلى المرسل أو الراكب، وإلى المرسل إليه وإلى الناقل. والقاعدة العامة السهلة الواردة فى المادة ١٠٦ مدنى لا شأن لها على الاطلاق بتبرير شئ من ذلك.

ومن رأينا أن خير سند يرتكز عليه الأساس القانونى لتلك اللعلاقة المباشرة هو نص القانون. فالمادة ٢٨١ تجارى تقرر هذه العلاقة المباشرة، مما يجعل الرجوع إلى نظريات التفسير والتبرير أمراً لا تلجئنا إليه حاجة جدية.

يكفى ان نشير هنا إلى الاختلاف الظاهر بين عقد الوكالة بالعمولة للنقل وعقد الوكالة بالعمولة للبيع أو الشراء، مما يسمح بوجود العلاقة المباشرة فى الأول دون الثانى. فهو لا يتضمن سرية، ولا تبدو فيه أى مصلحة للناقل أو المرسل أو الراكب فى اخفاء اسمه والتستر وراء الوكيل بالعمولة. كما أن وكيل النقل يكون فى الواقع بمثابة ناقل يضاف مجهوده إلى الناقل الحقيقى فيشتركان فى المسئولية فى مواجهة المرسل أو الراكب. وقواعد عقد النقل ليست خافية على المرسل أو الراكب، كما أن قواعد الوكالة للنقل ليست خافية على الناقل، وإنما هى واضحة فى وثيقة النقل. وفى كل ذلك تتخذ الوكالة بالعمولة للنقل طابعاً يشتد قربه من عقد النقل ويشتد بعده عن الوكالة بالعمولة للبيع أو الشراء.

المبحث الثاني

تعدد الناقلين

١٥١ - تمهيد: مشكلة توزيع المسئولية بين الناقلين المتعددين:

أهم ما تثيره حالة تعدد الناقلين، هى مشكلة توزيع المسئولية بينهم. فالفرض أن المرسل لم يتعاقد مع كل ناقل على حدة، ولم يتسلم البضاعة بعد كل مرحلة ليسلمها للناقل الذى يليه. ولو أن الأمر كان يجرى على هذا الوضع لكان على المرسل أن يسأل كل ناقل عن هلاك أو تلف البضاعة أثاء المرحلة التى قام خلالها بالنقل. ولكنه يتعاقد مع الناقل الأول فقط، ويتعاقد الناقل الأول عنه مع الناقل الذى يليه، وهكذا إلى أن تصل البضاعة فى النهاية إلى المكان الذى حدده المرسل. فإذا افترضنا أن هذه البضاعة قد وصلت تالفة، أو أنها هلكت هلاكاً كلياً أو جزئياً، أو أنها تأخرت عن الميعاد المحدد، فكيف نحدد المسئولية بين الناقلين المتعاقبين؟

نظم المشرع هذه المسألة بنصوص خاصة فرق فيها بين علاقة المرسل أو المرسل إليه بالناقلين المتعددين وبين علاقة هؤلاء بعضهم بالبعض الآخر، وذلك على النحو التالى:

١٥٢ - علاقة المرسل أو المرسل إليه بالناقلين المتعددين:

لم يفرق المشرع بين الناقل الأول والناقلين المتوسطين والناقل الأخير من حيث المسئولية. فجعلهم جيمعاً مسئولين بالتضامن قبل المرسل أو المرسل إليه. بمعنى أنه يكون لهذا الأخير أن يرجع على أى منهم بالمسئولية كما لو كان قد قام بمفرده بتنفيذ كافة مراحل النقل، أو يرجع عليهم جميعاً على وجه التضامن. وكل شرط، فى عقد النقل، يقضى بخلاف ذلك يعتبر باطلاً وكأن لم يكن. ولقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٥٢ تجارى بقولها «إذا قام عدة ناقلين على التعاقب بتنفيذ عقد نقل واحد، كان كل منهم

مسئولاً بالتضامن مع الآخرين قبل المرسل أو المرسل إليه كما لو كان قد قام بتنفيذه وحده . ويقع باطلاً كل شرط على خلاف ذلك» .

ولا شك أن المشرع قصد بهذا الحكم أن يجنب المرسل أو المرسل إليه عبء الإثبات المرهق فيما لو أراد أيهما الرجوع على الناقل المتوسط بالتعويض. إذ كان يتعين عليه أن يقيم الدليل على أن البضاعة قد أصابها الضرر أثناء المرحلة التى تولى هذا الناقل خلالها نقلها بنفسه. وهو إثبات صعب المنال بالنظر إلى أن المرسل قد تجرد من الحيازة المادية للبضاعة بمجرد تسليمها إلى الناقل الأول، فضلاً عن عدم ملازمته لها أثناء الطريق.

فإذا ما أضفنا إلى ذلك أن أياً من الناقلين الذين تعاقبوا على نقل البضاعة لا يستطيع دفع مسئوليته بادعاء أن الضرر قد وقع خارج نطاق المرحلة التى تولى تنفيذها، لاتضح لنا مدى التوفيق الذى حالف المشرع عندما قرر ذلك الحكم.

١٥٣- علاقة الناقلين المتعددين بعضهم بالبعض الآخر:

أما علاقة الناقلين المتعددين بعضهم بالبعض فقد صاغتها الفقرة الثانية من المادة ٢٥٢ تجارى بما يتفق والقواعد العامة فى الرجوع الداخلى بين المدينين المتضامنين. فنصت على أنه «إذا دفع أحد الناقلين المتعاقبين التعويض أو طولب به رسمياً كان له الرجوع على الناقلين الآخرين بنسبة ما يستحقه كل منهم من أجرة النقل. وتوزع حصة المعسر منهم على الآخرين بالنسبة ذاتها. ويعفى من الاشتراك فى تحمل المسئولية الناقل الذى يثبت أن الضرر لم يقع فى الجزء الخاص به من النقل» .

ويسأل الناقل الأخير قبل الناقلين السابقين عليه عن مطالبة المرسل إليه بالمبالغ المستحقة بسبب النقل. وله حق تحصيلها بالنيابة عنهم واتخاذ الاجراءات القانونية لاستيفائها بما فى ذلك استعمال حق الامتياز على الشيئ موضوع النقل (م ٢٥٣ تجارى) . وهذا أمر منطقى نظراً لأن المشرع قد اعتبر

كل ناقل، في حالة تعدد الناقلين، كما لو كان قد قام بمفرده بتنفيذ النقل بأكمله. ومن ثم فطبيعي أن يكون من حقه أن يطالب المرسل إليه بمصاريف النقل من أجرة وخلافه والافادة من الامتياز المقرر على البضاعة لاستيفاء هذه الحقوق. وبتعبير آخر يعتبر الناقل الأخير كما لو كان هو الناقل الوحيد في العقد المبرم مع المرسل.

هذا وتتقادم دعوى الناقل في الرجوع على الناقلين المتعاقبين بمضي تسعين يوماً من تاريخ الوفاء بالتعويض أو من تاريخ مطالبته به رسمياً (٢/٢٥٤ تجاري).

مقدمة

١٥٤ - المقصود بالعمليات المصرفية:

غنى عن البيان الدور الأساسى الذى تضطلع به البنوك فى مجال النشاط الاقتصادى. فلكونها مركزاً لإيداع النقود، صارت محوراً للائتمان ومصدراً رئيسياً لتمويل المشروعات : فهى تتلقى الودائع النقدية من المدخرين وتقوم بتوزيعها فى صورة قروض واعتمادات على المستثمرين . فتعيد، بذلك، الحياة إلى هذه المدخرات وتحولها من حالة السكون إلى حالة الحركة، أى من رأس مال نقدى خامل وعقيم إلى رأس مال نشيط ومنتج. ولا شك فى عظم الآثار الناشئة عن ذلك بالنسبة للاقتصاد القومى فى مجموعه.

والعمليات التى تقوم بها البنوك عديدة ومتنوعة، واصطلح على تسميتها «عمليات البنوك» أو «العمليات المصرفية». ولم يعرفها المشرع التجارى، بل اكتفى بإفراد الباب الثالث من أبواب قانون التجارة الجديد لأهم هذه الأعمال. والذى وضع هذا التعريف هو القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد. فبعد أن حظر فى الفقرة الأولى من مادته الحادية والثلاثين على غير البنوك المسجلة فى سجل خاص لدى البنك المركزى مباشرة هذه الأعمال، حدد المقصود بها فى الفقرة الثانية من ذات المادة بقوله : «ويقصد بأعمال البنوك فى تطبيق أحكام هذه المادة كل نشاط يتناول بشكل أساسى واعتيادى قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الأموال فى تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة فى رؤوس أموال الشركات، وكل ما يجرى العرف المصرفى على اعتباره من أعمال البنوك».

فكأن العمليات المصرفية هي، إذاً، العمليات التي تقوم بها البنوك والتي يجري العرف المصرفي على اعتبارها كذلك.

وتخضع هذه العمليات، بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من مواد إصدار القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المشار إليه، إلى أحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. ووفقاً لنص المادة ٣٠٠ من هذا القانون الأخير «تسري أحكام هذا الباب (الباب الثالث من قانون التجارة الخاص بعمليات البنوك) على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار وأياً كانت طبيعة هذه العمليات»، باستثناء الحساب الجاري حيث تسري عليه القواعد والأحكام الواردة بقانون التجارة حتى ولو لم يكن أحد طرفي الحساب بنكاً (مادة ٣٦١/ ٣ تجاري).

١٥٥ - خصائص العمليات المصرفية:

وللعمليات المصرفية، على تنوعها وتعقدها، خصائص مشتركة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً : أن هذه العمليات ترجع إلى العادات والأعراف المصرفية. وإذا كان المشرع التجاري قد نظم هذه العمليات في الباب الثالث من قانون التجارة الجديد، فإن أحكام هذا التنظيم ليست إلا تقنيناً لهذه الأعراف وتلك العادات.

ثانياً : إن هذه العمليات يصعب تفسيرها على ضوء القواعد العامة الواردة في التقنين المدني، بل وتتمرد في أحيان كثيرة على القوالب التقليدية للعقود التي نظمها هذا القانون. والسبب في ذلك يرجع إلى الأساليب والآليات الفنية التي تستخدمها البنوك وما تتبعه من عادات مصرفية في تسوية معاملاتها.

ثالثاً : إن هذه العمليات تعتبر تجارية بحسب نص الفقرة « و » من المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. وهي دائماً كذلك بالنسبة

للبنك حيث يزاولها على وجه الاحتراف. أما بالنسبة للعميل فلا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا كان هذا العميل تاجراً وقام بها لشئون تجارته. والنتيجة المنطقية لذلك هى خضوع هذه العمليات لأحكام القانون التجارى عندما تكون تجارية بالنسبة لأحد اطرافها، ولأحكام القانون المدنى عندما تكون مدنية بالنسبة للطرف الآخر ما لم ينص القانون على غير ذلك (مادة ٣ تجارى). ولقد نص قانون التجارة على غير ذلك عندما قرر بمقتضى نص المادة ٣٠٠ منه على سريان أحكامه على العمليات التى تعقدها البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار وأياً كانت طبيعة هذه العمليات.

رابعاً : إن هذه العمليات تقوم على الاعتبار الشخصى والثقة المتبادلة بين البنك وعملائه. فشخصية العميل هى أساس علاقته بالبنك سواء فيما يتعلق بفتح الحسابات أو منح الائتمان أو قبول الودائع أو عمليات الخصم... الخ.

وهذا الاعتبار يؤثر فى مضمون العملية وفى بقائها، وهو يبدو أكثر من جانب نظرة البنك إلى عميله. فهو قبل أن يتعامل معه – وخاصة إذا كانت العملية فيها مخاطر مالية – يقدر احتمالات وقوع الخطر بالنظر إلى أخلاقيات العميل وإمكانياته. وهو لا يقدم على العملية إلا متى اطمئن إلى هذه العناصر، فإذا طرأ ما يهز بعض هذه العناصر تعرضت العلاقة بينهما إلى الإنهيار. ولعل هذا الاعتبار هو الذى يفسر العديد من القواعد الخاصة التى تحكم العمليات المصرفية.

خامساً : إن لهذه العمليات، فى الكثير من الأحوال، الطابع الدولى، خاصة مع إزدهار التجارة الدولية. فمنها ما تتجاوز آثاره حدود الدولة الواحدة كالاعتمادات المستندية والنقل المصرفى وخطابات الضمان والقروض المجمعة Prêts syndiqués. لذلك تم توحيد الأنظمة القانونية الخاصة بها، ومن الأمثلة على ذلك القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، والقانون النموذجى للتحويلات الدائنة الدولية Les Virements internationaux والذى وضعته لجنة قانون التجارة الدولية بالأمم المتحدة عام ١٩٩٤.

سادساً : إن لهذه العمليات طابعاً نمطياً، إذ يتم معظمها بأسلوب موحد لكل عملية فى شكل نموذج Standard لا يخرج عنه البنك وتلتزمه جميع البنوك. ويساعد على هذه النمطية التوسع المطرد فى استخدام التقنيات الحديثة كالحاسبات الألكترونية والوسائل الآلية فى التنفيذ. ويحتوى نموذج كل عملية على كافة التفصيلات والشروط الخاصة بها، والتى لا يستطيع العميل مناقشتها، مما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن معظم العمليات المصرفية لها طابع الإذعان.

١٥٦ - تقسيم :

ورغم تنوع العمليات المصرفية وتعددها، فيمكن تصنيفها إلى ثلاث مجموعات رئيسية على النحو التالى: العمليات الواردة على النقود؛ والعمليات الواردة على الائتمان؛ والعمليات الواردة على الأوراق المالية والأوراق التجارية.

وقلما تتم هذه العمليات على نحو منفرد، بل تتتابع وتستمر بين البنك وعميله مما يقتضى فتح حساب لقيدها فيه، ولا تسوى هذه العمليات إلا بقفل الحساب وتصفيته وبيان الرصيد النهائى الذى يستحق لأحدهما على الآخر.

وقبل تناول العمليات المصرفية، بتصنيفها الثلاثى، (الباب الثانى) يتعين دراسة الحسابات المصرفية (الباب الأول).

لذلك سنوزع هذا القسم على النحو التالى:

الباب الأول : فى الحسابات المصرفية.

الباب الثانى: فى التصنيف الثلاثى للعمليات المصرفية.

وللشركة تحت التأسيس أن تفتح حساباً مصرفياً لها، لأنها فى فترة التأسيس تتمتع بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لعملية التأسيس. لكن لا يجوز السحب من هذا الحساب إلا بعد تأسيس الشركة وقيدها فى السجل التجارى ومضى خمسة عشر يوماً على هذا ا القيد.

وليس لشركة المحاصة أن تفتح حساباً مصرفياً لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، إنما يجوز ذلك للشريك المحاص الذى يعمل لحساب هذه الشركة.

١٦٣ - فتح أكثر من حساب لشخص واحد (تعدد الحسابات):

يحدث أحياناً أن يفتح الشخص الواحد أكثر من حساب فى بنك واحد أو فى فروع هذا البنك المختلفة. والصورة الغالبة لهذه الحالة أن يكون للتاجر حساب يتعلق بتجارته وآخر خاص بمعاملاته الشخصية، أو أن تكون له حسابات متعددة بتعدد فروع نشاطه التجارى. وقد أقر المشرع التجارى هذا الآمر، واعتبر كل حساب منها مستقلاً عن الحسابات الأخرى (مادة ٣٠٧ تجارى) سواء فى فتحه وفى مدته وفى قواعد تشغيله والعمليات التى تقيد فيه وفى تسويته. بمعنى أن كل حساب منها ينفصل عن الآخر بأرصدته الدائنة والمدينة، بحيث لا يجوز إجراء المقاصة بين حسابين لنفس الشخص إحداها رصيده دائن والآخر رصيده مدين. ومما لا شك فيه أن ذلك يعتبر خروجاً على مبدأ وحدة الذمة المالية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أنه «إذا سحب العميل شيكاً على حسابه الجارى فلا يجوز للبنك أن يرفض وفاء هذا الشيك ما دام رصيد الحساب يوم تقديم الشيك كان دائناً لمصلحة العميل، حتى ولو كان مجموع رصيد حسابات العميل الأخرى، بما فيها الحساب المسحوب عليه الشيك، مديناً».

وقاعدة استقلال الحسابات، في حالة تعددها، ضارة بالبنك عند إفلاس العميل، إذ لا يستطيع البنك، في هذه الحالة، أن يجرى المقاصة بين الرصيد الختامي الدائن لإحدى هذه الحسابات مع الرصيد الختامي المدين للحسابات الأخرى. بل عليه أن يقدم لأمين التفليسة الرصيد الدائن، ثم يدخل بالأرصدة المدينة في التفليسة فيتعرض لقسمة الغرماء. وغالباً ما تحرص البنوك، لتجنب هذه النتيجة الضارة، على الإتفاق مع عملائها فى حالة تعدد الحسابات على أن يضمن الرصيد الدائن فى إحدى الحسابات الرصيد المدين فى الحسابات الأخرى، أو على أن تندمج الحسابات المتعددة بحيث تعتبر مجرد أقسام من حساب واحد.

كما أن هذه القاعدة ضارة بالعميل فيما لو قام بسحب شيك على أحد حساباته وتبين أن ما به من رصيد لا يكفى للوفاء بقيمته. فمن مصلحته أن يقوم البنك بسداد قيمة هذا الشيك من حساباته الأخرى الدائنة بدلاً من أن يعرض نفسه لتهمة ارتكاب جريمة إصدار شيك بدون رصيد.

١٦٤ - فتح حساب واحد لأكثر من شخص «الحساب الجماعي علي الشيوع والحساب المشترك»:

ويمكن أن يفتح حساب لشخصين أو أكثر إما بدون تضامن بينهم وحينئذ يسمى الحساب «الحساب الجماعي علي الشيوع» Compte collectif indivis، وإما على وجه التضامن فيما بينهم ويطلق عليه فى هذه الحالة «الحساب المشترك» Compte Joint.

١٦٤ - أ - الحساب الجماعي علي الشيوع:

وهو الحساب الذى يفتح لشخصين أو لعدة أشخاص على الشيوع بلا تضامن بينهم. ومثاله الحساب الذى يفتحه البنك للشركاء فى شركة محاصة، أو لعدة ورثة إنتظاراً لنتيجة قسمه التركة، أو للأعضاء فى إتحاد ملاك

العقار. وهذا الحساب لا ينطوى على أى تضامن إيجابى أو سلبى بين أصحابه تجاه البنك فاتح الحساب. وعلى ذلك لا يجوز فتحه إلا بناءً على طلب أصحابه جميعاً (مادة ٣٠٨ / ٢ تجارى).

ولما كان هذا الحساب على الشيوع بين أصحابه، فإن حق كل منهم ينبسط على كل جزء فيه. ومن ثم فلا يجوز السحب منه إلا بموافقتهم جميعاً، ما لم يتفق على خلاف ذلك (مادة ٣٠٨ / ٢ تجارى)، وذلك لإنتفاء التضامن الإيجابى بينهم. كأن يتفقوا مثلاً على توكيل أحدهم لتشغيله، فعندئذ يكون له مباشرة تشغيل الحساب بالأصالة عن نفسه بالنسبة لحصته، وبالنيابة عن الآخرين فيما يزيد على الحصة المذكورة.

وإذا كان رصيد الحساب دائناً لمصلحة البنك، فلهذا الأخير الرجوع على أصحاب الحساب، كل حسب حصته فيه، وذلك لانتفاء التضامن السلبى بينهم.

وإذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب هذا الحساب سرى الحجز على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم إبلاغ البنك بالحجز. وعلى البنك وقف السحب من هذا الحساب بما يساوى الحصة المحجوز عليها وإخطار أصحابه أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام (مادة ٣٠٨ / ٤ تجارى).

١٦٤ - ب - **الحساب المشترك:**

وهو حساب ينطوى على التضامن الإيجابى بين أصحابه بحيث يكون لكل واحد منهم الحق فى تشغيله والسحب منه بتوقيعه وحده. لذلك لا يفتح هذا الحساب إلا بين أشخاص تقوم بينهم ثقة كبيرة، كالأزواج والشركاء فى شركة التضامن.

ولما كان هذا الحساب ينطوى على التضامن الإيجابى بين أصحابه، فإن فتحه قد يكون مناسبة لوقوع الغش بضروبه المختلفة. لذلك عنى المشرع بوضع القواعد التى تحول دونه. فألزم البنك بتجميد الحساب بمجرد إخطاره كتابة من قبل أحد أصحاب الحساب بوجود خلافات بينهم إلى أن يتم تسوية هذا الخلاف رضاءً أو قضاءً. كما ألزمه، كذلك، فى حالة وفاة أحد أصحاب الحساب أو فقده الأهلية القانونية وإخطاره بذلك بواسطة الباقين من أصحاب الحساب – بوقف السحب من الحساب حتى يتم تحديد الورثة أو تعيين القيم على من فقد أهليته القانونية (مادة ٣٠٨ / ٣ و ٥ تجارى).

ولا شك فى عدم كفاية هذه القواعد، خاصة فى حالة وفاة أحد أصحاب الحساب. فقد لا يقوم الباقون من أصحابه بإعلام البنك بواقعة الوفاة، ولن يستطيع، بالتالى، هذا الأخير وقف السحب من الحساب فيما لو بادر أحد أصحابه الأحياء بسحب كل الرصيد قبل أن يتنبه الورثة إلى وجود حساب مصرفى لمورثهم.

المبحث الثاني
سير الحساب وتشغيله

١٦٥ - قواعد خاصة لتشغيل الحساب:

للحساب قواعد خاصة من حيث الكيفية التى يتم بها قيد العمليات التى يجريها العميل، والفوائد التى ينتجها وعمولة البنك، والقطع الدورى للحساب، والحجز عليه. وسنتكلم تباعاً عن هذه المسائل كل على حدة وبالتفصيل.

١٦٥ - ١ - القيد والقيد العكسي في الحساب:

يقسم الحساب المصرفى إلى جانبين : الجانب الدائن والجانب المدين. أما الجانب الدائن فتقيد فيه حقوق العميل، أى المبالغ التى له قبل البنك. وتقيد فى الجانب المدين ديونه، أى المبالغ التى عليه للبنك.

وتجدر الإشارة أنه لا يعتبر قطعاً للحساب ينتج آثاره استفسار العميل، في أى لحظة، عن مركزه المالي في الحساب، أو قيام البنك بتسوية الرصيد أولاً بأول عقب كل عملية تقيد في الحساب بقصد تسهيل مهمته عند القيام بعملية القطع الدورى للحساب.

١٦٥ - ٤ - الحجز على الحساب المصرفي:

إذا كان الحساب المصرفى يتم وقفه على فترات دورية، كما جرت بذلك العادات المصرفية، فإنه يتعرض للوقف قانوناً إذا تم الحجز عليه أثناء تشغيله. فيجوز لدائنى العميل توقيع الحجز التحفظى تحت يد البنك على الرصيد الدائن فى حسابه (مادة ٣٢٥ مرافعات). ويجب على البنك، بعد إعلانه بالحجز والتحقق من صحته، تجميد الحساب والامتناع عن صرف أى مبالغ من رصيد الحساب المحجوز عليه حتى يفصل فى أمر الحجز. ويتقيد البنك فى ذلك بما جاء فى إعلان الحجز، فلا يقوم بتجميد مبالغ فى الحساب لا يشملها الإعلان. والأصل أن ينصب الحجز على رصيد العميل عند تقرير البنك بما فى ذمته (مادة ٣٢٥ / ٢ مرافعات)، فلا يمتد إلى المبالغ المقيدة فى الحساب والناتجة عن عمليات جديدة نشأت بعد الحجز.

وفى الحسابات المشتركة، أو على الشيوع، إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب سرى الحجز على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم إبلاغ البنك بالحجز ولا يمتد لحصص الأشخاص الآخرين من أصحاب الحساب. وفى هذه الحالة يجب على البنك وقف السحب من الحساب بما يساوى فقط الحصة المحجوز عليها دون بقية الحصص الأخرى. وعلى البنك إخطار أصحاب الحساب أو من يمثلهم قانوناً بالحجز خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام (مادة ٣٠٨ / ٤ تجارى).

وإذا كان للشخص الواحد أكثر من حساب وتم توقيع الحجز على إحداها، فلا يمتد الحجز إلى الحسابات الأخرى نظراً لاستقلال كل حساب عن الآخر

على سلف البيان. كذلك يقتصر الحجز، الذي يرقع تحت يد أحد فروع البنك، على حساب العميل لديه على هذا الحساب وحده، ولا يمتد إلى حساباته المفتوحة لدى الفروع الأخرى للبنك، وذلك تطبيقاً للمادة ٣٣١ من قانون المرافعات التي تنص على أنه «إذا كان للمحجوز لديه عدة فروع فلا ينتج الحجز أثره إلا بالنسبة إلى الفرع الذي عينه الحاجز».

المبحث الثالث

قفل الحساب

١٦٦ - تعريف قفل الحساب وأسبابه:

يقصد بقفل الحساب إنهاء الحساب بقصد تصفيته وتحديد الرصيد النهائي الذي يكون لمصلحة العميل أو لمصلحة البنك. وقفل الحساب يختلف عن وقف الحساب وتجميده على ما سلف البيان.

وأسباب قفل الحساب عديدة، يمكن ردها إما إلى أسباب عامة ترجع إلى إرادة طرفيه، وإما إلى أسباب خاصة تتعلق بزوال الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه العمليات المصرفية ومن بينها عقد فتح الحساب المصرفي كما سبق ذكره.

١٦٦ - ١ - الأسباب العامة لقفل الحساب:

تتحصل هذه الأسباب في انتهاء المدة المعينة له في عقد فتح الحساب المبرم بين البنك والعميل، أو إذا اتفق أطرافه على قفله قبل انتهائها.

لكن الغالب أن يفتح الحساب لمدة غير معينة، وعندئذ يجوز لأي من طرفيه، وفي كل وقت، طلب قفل الحساب بإرادته المنفردة مع مراعاة

مواعيد الإخطار المتفق عليها أو التي يجري عليها العرف (مادة ٣٦٩ / ١ و ٢ تجاري).

كما تجرى العادات المصرفية على قفل الحساب بالترك، أي إذا تم تفريغه بمعرفة العميل وظل كذلك لمدة طويلة دون أي تغذية.

١٦٦ - ٢ - الأسباب الخاصة بزوال الاعتبار الشخصي:

لما كان عقد فتح الحساب المصرفي قائماً على الاعتبار الشخصي، فإنه ينتهي ويزول بزوال هذا الاعتبار. لذلك يقفل الحساب بوفاة العميل، أو بالحجر عليه، أو بإفلاسه، أو بإعساره (مادة ٣٦٩ / ٣ تجاري). وإذا كان العميل شخصاً اعتبارياً، يقفل الحساب المفتوح له بانقضائه وزوال شخصيته القانونية. وبالنسبة للشركات فلا يقفل حسابها المصرفي بمجرد إنقضائها ودخولها مرحلة التصفية، لأنها تظل خلال هذه المرحلة متمتعة بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم لعملية التصفية. إنما يقفل هذا الحساب بعد إنتهاء التصفية وقفلها حيث تزول الشخصية المعنوية للشركة من الوجود تماماً.

وإذا كان الحساب المصرفي على الشيوع أو مشتركاً وتوفى أحد أصحاب الحساب أو فقد أهليته، فإن الحساب يتم قفله ما لم يعلن الباقون من أصحاب الحساب عن رغبتهم في استمراره وذلك خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقدان الأهلية (مادة ٣٠٨ / ٥ تجاري).

١٦٧ - آثار قفل الحساب:

يتعين على البنك، بمجرد قفل الحساب، تصفيته واستخراج الرصيد النهائي الذي يتخلف عن المقاصة بين جانبه الدائن وجانبه المدين.

ويمتنع على البنك، بعد قفل الحساب، إجراء أي قيود جديدة فيه. وبناءً عليه لا يجوز للبنك تنفيذ أمر تحويل مصرفي، بقيد مبلغه في الحساب، إلا إذا

المبحث الأول : فى ماهية الحساب الجارى وتكوينه .

المبحث الثانى : فى أحكام الحساب الجارى وآثاره .

المبحث الأول

فى ماهية الحساب الجارى وتكوينه

١٧٠- تعريف الحساب الجارى :

يعرف المشرع الحساب الجارى ، فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦١ من قانون التجارة ، بأنه « عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا فى حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التى تنشأ عن العمليات التى تتم بينهما بحيث يستعيضان عن تسوية هذه الديون تباعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند قفله » .

ويتضح من هذا التعريف أن الحساب الجارى عقد له طرفان ، يكون أحدهما فى الغالب بنكاً . لكن ذلك ليس بشرط لقيام الحساب الجارى ، إذ يمكن فتحه بين تاجرين لا يحمل أى منهما صفة البنك . ولقد أشارت إلى ذلك الفقرة الثالثة من المادة ٣٦١ سالفة الذكر بنصها على سريان الأحكام المنظمة للحساب الجارى « على كل حساب جار ولو لم يكن أحد الطرفين بنكاً » . ومادام الحساب الجارى عقداً فلابد لانعقاده من توفر الأركان التى لا تستقيم العقود بدونها (الفرع الثانى) . وهو عقد تجارى ، أياً كانت صفة أطرافه وأياً كانت طبيعة العمليات التى تقيد فيه ، قائم على الاعتبار الشخصى ، ويتمتع بالاستقلال عن العمليات التى يقوم بتسويتها (الفرع الأول) .

وتفصيلاً لما تقدم سنوزع هذا المبحث على فرعين نفرد الأول لخصائص الحساب الجارى ، ونرصد الثانى لتكوينه ونطاقه .

الفرع الأول

فى خصائص الحساب الجارى

١٧١-١- عقد رضائى وزمنى :

فتح الحساب الجارى إتفاق لابد أن يؤسس على رضاء الطرفين به ، صريحًا كان هذا الرضاء أو ضمنيًا . ويجب أن ينصب هذا الرضاء على شروط الحساب والآثار التى يرتبها . فإذا اقتصر كل من طرفى الحساب ، مثلاً ، على إمساك حساب خاص يدرج فيه نتائج العمليات التى يجريها مع الطرف الآخر ، فإن ذلك لا يكفى لاعتبارهما مرتبطين بعقد حساب جار . لأن مثل هذا الحساب يرتب آثاراً قانونية على جانب كبير من الأهمية ، لابد من استنادها إلى اتفاق الطرفين ، يأتى على رأسها التجديد الذى يلحق العمليات التى تدخله وإرجاء تسوية هذه العمليات إلى اليوم الذى يقفل فيه الحساب .

وهو عقد رضائى لا شكلى . ولا يغير من هذا الطابع الرضائى إفراغ الحساب ، من الناحية العملية ، فى شكل جدول ذى إطار حسابى ، فلا أثر لذلك على تكوين العقد من الناحية القانونية . فالقيود شئ ، وقصد الطرفين فى أن تنتج هذه القيود الآثار القانونية المرتبطة بالحساب الجارى شئ آخر .

ويراقب القضاء هذا العنصر الإرادى ، المتمثل فى إنصراف قصد الطرفين إلى ترتيب آثار الحساب الجارى، مراقبة دقيقة . فالتراضى على

هذه الآثار هو فى الواقع المعيار الذى يميز الحساب الجارى عن غيره من الحسابات المصرفية . وتحديد وصف الحساب بأنه جار متروك لقاضى الموضوع الذى يجب عليه إسباغ الوصف الصحيح على الحساب بغض النظر عن العبارات التى جرى بها إتفاق الأطراف . ويعتبر تحديد نوع الحساب ، وما إذا كان جارياً من عدمه ، من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض .

وهو عقد زمنى ، إذ أن الزمن عنصر جوهرى فيه ، وتسميته نفسها ذات دلالة ، فهو « جارى » لأنه يجرى خلال الزمن .

١٧١ - ٢- الحساب الجارى من عقود الاعتبار الشخصى :

عقد فتح الحساب الجارى من العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى ، أى على الثقة المتبادلة بين طرفيه . ولا يقتصر الأمر فقط على الحالة التى يأتمن فيها أحدهما الآخر ، بل إن الاعتبار الشخصى قائم – بمقتضى هذه العلاقة المتبادلة – من العمليات المستمرة التى يرتضى الطرفان دخولها فى الحساب الجارى . والواقع أن هذا الاعتبار الشخصى هو السبب الدافع لكل من الطرفين على إبرام عقد الحساب ، ذلك أن أثاره تتضمن مخاطرة لا يقبل عليها الطرفان إلا إذا توفرت بينهما ثقة كافية . فهذه الآثار تجعل كلاً منهما « يعطى شيئاً مؤكداً مقابل شئ غير مؤكد » ، إذ يرتضى إنقضاء الحق المستقل الناشئ عن العملية الأصلية فى مقابل مجرد قيد فى الحساب .

لذلك تعمد البنوك عادة إلى تبادل المعلومات عن عملائها الجدد ، فتتوصل بذلك إلى تكوين « قائمة سوداء » Liste noire للعملاء غير المرغوب فيهم .

بل إن الاعتبار الشخصي في هذا العقد يتجاوز العلاقة بين طرفيه . فقد أرسى القضاء الفرنسي مبدأ هاماً مفاده أنه إذا خلق فتح الحساب الجارى جواً من الثقة بالعميل ، مما مكنه من الحصول على الائتمان من الغير ، بحيث إذا تبين بعدئذ لهذا الأخير أن العميل غير جدير بالثقة التي خلقها له البنك عندما فتح له الحساب ، كان لهذا الغير أن يرجع على البنك بتعويض الضرر الذى أصابه نتيجة تعامله مع هذا العميل .

والمبدأ الذى أرساه القضاء الفرنسي جدير بالتأييد ، وأولى بالتطبيق فى مصر خاصة بعد التوجه نحو الاقتصاد الحر الذى تقوم فيه البنوك بدور رئيسى فيما يتعلق بالائتمان التجارى . ولا نشك فى أن القضاء المصرى لن يكون أقل حرصاً من القضاء الفرنسي على حماية التجار الذين يعتمدون فى معاملاتهم التجارية على حسن إختيار البنوك لعملائها قبل الدخول معهم كأطراف فى الحسابات الجارية .

١٧١- ٢- عقد الحساب الجارى ليس عقداً تابعاً :

يرى البعض أن عقد الحساب الجارى عقد تابع ، ويستندون فى ذلك إلى أن الحساب يفترض وجود عمليات سابقة عليه ، وأن الرابطة لا تنقطع تماماً بين القيد الذى يدرج فيه وبين العملية التى أدت إلى هذا القيد . والواقع أن ذلك لا يكفى للقول بتبعية الحساب الجارى. فالعقد التابع يعنى ، من الناحية القانونية ، العقد الذى يتبع فى وجوده وصحته وإنقضائه عقداً آخر هو العقد الأصلى . ولا جدال فى أن عقد فتح الحساب الجارى ليس تابعاً بهذا المعنى . فهو بلا شك قائم مكتف بذاته ، ولا تتوقف صحته أو آثاره على عقد آخر . فإذا أبطلت عملية أو أكثر من العمليات المقيدة فيه ، فإن ذلك قد يؤدى إلى شطب القيود التى أدت إليها العمليات الباطلة ، ولكن ذلك لا يؤثر فى صحة

عقد الحساب الجارى . بل أننا إذا افترضنا جدلاً أن كل العمليات التى أدرجت فيه أبطلت لسبب أو لآخر ، فإن ذلك لا يؤثر فى صحة عقد حساب جار نشأ صحيحاً ، إذ يظل قائماً متهيئاً لتلقى قيود جديدة بعد شطب القيود الباطلة .

وفى حقيقة الأمر ، إذا كان هناك مجال للقول بالتبعية ، فليست هى تبعية الحساب الجارى للعمليات التى تقيد فيه وإنما هى على العكس تبعية هذه العمليات لعقد الحساب الجارى . فهذه العمليات تندمج فيه وتفقد ذاتيتها واستقلالها وصفاتها وضماناتها لتكتسب صفة وضمانات الحساب ، كما أنها تتقادم بتقادمه ولو كان لها تقادم خاص .

١٧١-٤ عقد الحساب الجارى عقد تجارى :

يعتبر عقد الحساب الجارى تجارياً دائماً بالنسبة للبنك وفقاً لنص المادة ٥/و من قانون التجارة .

أما بالنسبة للعميل ، فالرأى الغالب فقهاً وقضاءً هو الاعتداد بالطبيعة الغالبة على مجموع العمليات التى تدرج فى الحساب ، فإن كان أغلب هذه العمليات له الصفة التجارية كان الحساب تجارياً أيضاً بالنسبة للعميل . ولا شك أن هذا الرأى يتفق مع تصوير البعض الحساب الجارى على أنه عقد تابع للعمليات التى تقيد فيه ، ولقد سبق تفنيد هذا الرأى على ما سلف البيان .

لذلك فالرأى الصحيح هو الذى يذهب إلى اعتبار الحساب الجارى تجارياً فى جميع الأحوال ، أياً كانت صفة طرفيه وأياً كانت طبيعة العمليات التى تقيد فيه ، لأنه نظام من خلق التجار . ثم أنه يتعذر على البنك أن يراقب طبيعة العمليات بالنسبة لعميله لمعرفة ما إذا كانت تجارية من عدمه .

وينحصر العنصر المادي في المدفوعات التي تلقى في الحساب، والتي تعتبر محلاً له. فما المقصود إذاً بالمدفوعات ؟ وما هي شروط دخولها في الحساب ؟ وهل يضم الحساب الجارى المدفوعات جميعاً ، أيا كان مصدرها؟ الإجابة عن هذه الأسئلة تقتضي توزيع هذا الفرع على المطالب التالية:

المطلب الأول : مفهوم المدفوعات.

المطلب الثاني: شروط المدفوعات.

المطلب الثالث: المدفوعات ونطاق الحساب الجاري.

المطلب الأول

مفهوم المدفوعات

١٧٣- المدفوعات هي محل عقد الحساب الجاري :

الغرض من الحساب الجارى، وعلى ما سلف البيان، هو تسوية المعاملات المتكررة والمتتابعة التي تقوم بين طرفيه. وتتم هذه التسوية عن طريق إدخال الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه الأعمال فى الحساب ، حيث تتحول إلى مفردات أو بنود، تقيد فى الجانب الدائن أو المدين من الحساب على حسب الأحوال، وتتقاص فيما بينها بمجرد قفل الحساب ، ليظهر الرصيد النهائي الذى يتعين على المدين به وفاؤه إلى الدائن. هذه الحقوق والالتزامات هى التى يطلق عليها «المدفوعات» Remises، والتى يحولها إتفاق الحساب إلى بنود أو مفردات قيمية. وهى التى تكوّن المحل الذى يرد عليه الحساب الجارى، وبدونها لا تقوم له قائمة. ويسمى الطرف الذى يقدم هذه المدفوعات «الدافع» Remettant ويأخذ مركز الدائن، والطرف الذى يتلقاها «القابض» Récepteur ويأخذ مركز المدين. فإذا أودع العميل نقوداً لدى البنك لكى يستعملها هذا

الأخير، أعتبر هذا مدفوعاً من العميل يقيد فى الجانب الدائن من الحساب. ويسمى العميل فى هذه الحالة بالدافع والبنك بالقابض. ويسير الحال على هذا المنوال فيما لو قام البنك بتقديم قرض للعميل، ثم قام العميل بعد ذلك برد مبلغ القرض إلى البنك، وكذلك إذا قام البنك بخصم أوراق تجارية أو شراء أوراق مالية لعميله. ففى كل هذه الأمثلة توجد مدفوعات، ويوجد دافع وقابض وهما طرفا الحساب.

فالمدفوعات، إذاً، هى القيم التى تقيد فى الحساب وتكون حقاً لأحد طرفى الحساب قبل الطرف الآخر. ولذلك لا يقبل أن يكون محل القيد فى الحساب بضاعة أو سندات أو أى مال آخر، إنما الذى يقبل القيد هو قيمة هذا المال. ومن هذا يبدو أن المدفوع ليس عملية مستقلة، وإنما هو تسوية للعملية الأصلية داخل الحساب. أى أن المدفوع هو فى أصله الحق أو الدين الناشئ عن العملية الأصلية لأحد الطرفين على الآخر. وصاحب هذا الحق هو الدافع ويأخذ مركز الدائن، أما صاحب الدين فهو القابض ويكون من الدافع فى مركز المدين. والدافع والقابض هما طرفا الحساب الجارى.

وعلى ذلك يمكن تعريف المدفوعات بأنها الحقوق التى تترتب للدافع على عاتق القابض، من جراء العمليات التى تتم بينهما، وتدرج فى الحساب الجارى.

المطلب الثانى

شروط المدفوعات

١٧٤ - نوعان من الشروط:

هناك نوعان من الشروط فيما يتعلق بالمدفوعات: شروط متعلقة

بالمدفوعات في حد ذاتها، حتى يتسنى لها الدخول في الحساب الجارى وتصلح أن تكون محلاً له (الغصن الأول)؛ وشروط خاصة بحركة هذه المدفوعات لكى تضفى على الحساب وصف «الحساب الجارى» (الغصن الثانى).

الغصن الأول

الشروط الخاصة بدخول المدفوعات

١٧٥ - ثلاثة شروط:

لابد، لكى يمكن إدراج المدفوع فى الحساب الجارى، أن تتوفر فيه شروط معينة تتعلق بنوعه، ووجوده ومقداره، وملكيته. وسنتكلم عن هذه الشروط، كل على حدة وبالتفصيل.

١٧٥ - ١ - الشرط المتعلق بنوع المدفوع:

لابد أولاً أن تكون جميع المدفوعات من مثليات من نوع واحد، وذلك شرط طبيعى لتحقق الاندماج بين هذه المدفوعات. على أنه لا يلزم أن تكون هذه المدفوعات من النقود بالذات، فليس ثم ما يمنع – إذا كان الحساب يجرى بين تاجرين لصنف معين من الغلال مثلاً – من أن يتفقا على أن تكون المدفوعات بينهما مثليات من هذا الصنف. ولكن الأعم الأغلب – وعلى الأخص إذا كان الحساب يجرى مع أحد البنوك – هو أن تتمثل هذه المدفوعات فى مبالغ من النقود[١]. والسبب وراء تطلب هذا الشرط، هو تسهيل أجراء عملية المقاصة بين المدفوعات.

---

(١) قد يكون المدفوع غير مباشر، كما إذا كان مثلاً ثمن بضاعة تلقاها القابض. وكثيراً ما يقال فى هذه الحالة أن المدفوع «بضاعة»، بقصد إظهار السبب الذى من أجله يقيد هذا المدفوع فى الحساب. ولكن الحقيقة أن المدفوع ليس البضاعة ذاتها وانما القيمة النقدية لهذه البضاعة. كذلك قد يكون نتيجة لخصم ورقة تجارية أو فوائد صكوك أو غير ذلك من العمليات. والمهم أن ناتج العملية هو الذى يعتبر مدفوعاً يقيد فى الحساب، وبالتالى هو الذى يجب أن يكون من مثليات من نوع واحد.

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٣٦٨ تجارى بقولها «١ - إذا تضمنت مفردات الحساب ديوناً نقدية مقومة بعملات مختلفة، أو أشياء قيمية، جاز للطرفين أن يتفقا على إدخالها فى الحساب بشرط أن تقيد فى أقسام مستقلة يراعى التماثل فى المدفوعات التى تتضمنها وأن يصرح الطرفان ببقاء الحساب رغم تعدد أقسامه محتفظاً بوحدته.

٢ - ويجب أن تكون أرصدة الأقسام المستقلة قابلة للتحويل فيما بينها بحيث يمكن فى الوقت الذى حدده الطرفان أو عند قفل الحساب على الأكثر إجراء المقاصة بينها لاستخراج رصيد واحد».

١٧٥ - ٢ - الشرط المتعلق بوجود المدفوع ومقداره:

وينبغى أن يكون المدفوع مؤكد الوجود، ومعين المقدار على وجه لا يحتمل النزاع remise certaine et liquide . فلا يجوز قيد مدفوع معلق على شرط واقف إلا بعد تحقق الشرط. كما يشترط أن يكون المدفوع محدد المقدار حتى يمكن قيده فى الحساب.

لكن لا يشترط أن يكون المدفوع مستحق الأداء، فيجوز أن يكون مقترناً بأجل. كذلك يجوز أن يكون المدفوع معلقاً على شرط فاسخ، وإنما يجب، فى هذه الحالة إلغاء القيد إذا تحقق الشرط الفاسخ. ويتم ذلك الإلغاء عن طريق القيد العكسى contre - passation .

١٧٥ - ٣ - الشرط المتعلق بملكية المدفوع:

وأخيراً، فإنه يجب، لكى يمكن قيد المدفوع فى الحساب الجارى، أن يسلمه الدافع إلى القابض على وجه التمليك. أما إذا كان قد سلمه إليه على سبيل الوكالة أو الوديعة، مثلاً، فلا يمكن أن يعتبر مدفوعاً يقيد فى الحساب الجارى

بينهما. والواقع أن انتقال ملكية المدفوع يعتبر فى نفس الوقت شرطاً لدخوله فى الحساب الجارى وأثراً لدخوله فيه: فهو شرط، لأنه يجب أن يتم تسليم المدفوع بنية نقل ملكيته إلى القابض. وهو أثر، لأن الدخول فى الحساب هو الذى يؤدى إلى انتقال ملكية المدفوع إلى هذا القابض.

ويترتب على ذلك عدة نتائج : منها أن للقابض حرية التصرف فى المدفوع الذى تلقاه، إذ هو المالك فلا خيانة أمانة. ومنها أن الدافع لا يستطيع أن يطالب باسترداد المدفوع من القابض أو من تفليسته.

وتبدو أهمية شرط انتقال ملكية المدفوع فى العمل بالنسبة للحالات التى يكون فيها المدفوع ورقة تجارية يسلمها العميل للبنك : إذ لا يمكن قيد قيمة هذه الورقة فى الحساب الجارى بينهما إلا إذا ظهرها العميل للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية، وهو ما يحدث فى عملية خصم هذه الورقة التجارية. أما إذا كان قد سلمها له لتحصيل قيمتها، عند ميعاد استحقاقها، فإنه لا يجوز قيد قيمة هذه الورقة فى الحساب.

١٧٥ - ٤ - متي يدخل المدفوع في الحساب الجاري:

لتحديد لحظة دخول المدفوع فى الحساب الجارى أهمية كبيرة، إذ هى اللحظة التى يتحول فيها المدفوع من عملية لها وجود خاص وكيان مستقل إلى مجرد قيد يندمج مع سائر القيود فى نطاق الحساب الجارى. وقد اختلفت فى ذلك الآراء: فقيل إنه يدخل الحساب الجارى من وقت القيد المادى، على أساس أن هذا القيد المادى تعبير عن رغبة الطرفين فى دخول هذا المدفوع فى الحساب. ولكن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء هو أن لا ضرورة لانتظار القيد المادى – وقد يتقدم أو يتأخر لأسباب عرضية –، وإنما يدخل المدفوع فى الحساب منذ اللحظة التى تتوفر له فيها شروط هذا الدخول.

الفصل الثاني
الشروط المتعلقة بحركة المدفوعات

١٧٦ - شرطان:

ويشترط، لكى يكون الحساب جارياً، أن تكون هذه المدفوعات متبادلة ومتشابكة remises réciproques et enchevêtrées.

١٧٦ - ١ - تبادل المدفوعات:

ومعنى أن تكون المدفوعات متبادلة réciproques، هو أن يقوم كل من الطرفين بدور الدافع أحياناً ودور القابض أحياناً أخرى، أو على الأقل أن يكون ذلك جائزاً بمقتضى الإتفاق على فتح الحساب. فلا يعد حساباً جارياً ذلك الحساب الذى يتفق فيه على أن يكون أحد الطرفين دافعاً دائماً دون أن يكون له الحق فى أن يتلقى مدفوعات من الطرف الآخر خلال الأجل الذى يستمر فيه الحساب.

١٧٦ - ٢ - تشابك المدفوعات:

أما معنى أن تكون المدفوعات متشابكة enchevêtrées، فهو أن يتخلل المدفوعات بعضها البعض. فلا يعتبر الحساب جارياً إذا اشترط طرفاه ألا تبدأ مدفوعات أحدهما إلا بعد إنتهاء مدفوعات الآخر، بحيث يمكن أن تتخذ المدفوعات الأخيرة طابع الوفاء للمدفوعات الأولى.

ولا خلاف فى الفقه أو القضاء على شرط تبادل المدفوعات. أما شرط التشابك - وقد استنبطه الفقه هامل - فإن بعض الفقهاء يناقش ضرورته ويرى أنه غير لازم.

في الحساب الجاري [illegible] تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير، يفترض المشرع أن هذا الإتفاق يتضمن إتفاقاً ضمنياً [illegible] لضمان رصيد الحساب الجارى عند قفله، ولكن في حدود مقدار الدين المضمون ابتداء قبل دخوله الحساب، دون ما اعتبار لما قد يطرأ على الحساب أثناء تشغيله من تغييرات اللهم إلا إذا اتفق على غير ذلك. ولا يحتج على الغير بانتقال هذا التأمين إلى رصيد الحساب إلا من تاريخ شهره إذا كان القانون يستلزم هذا الشهر. وبهذه القاعدة يكون المشرع قد أبقى على فكرة التجديد مع ضمان بقاء التأمينات فى حالة إتفاق الأطراف على إدخال الدين المضمون بها فى الحساب.

أما الديون المصحوبة بتأمينات قانونية فيسقط تأمينها بمجرد دخولها فى الحساب وفقاً لمبدأ التجديد. نظراً لأن هذه التأمينات لاصقة بصفة الدين ذاته فتنقضي بإنقضائه، وليست مضافة لضمانه فتبقى بالإتفاق على دخوله فى الحساب.

الفرع الثانى

عدم تجزئة الحساب الجارى

١٨٥ - معني مبدأ عدم التجزئة:

رأينا أن العمليات التى تلقى فى الحساب الجارى تتحول – بناء على الأثر التجديدى للحساب الجارى – إلى بنود. هذه البنود تندمج فى كل لا يتجزأ وتظل مختفية فى نطاق الحساب حتى وقت قفله نهائياً. فطالما ظل الحساب مفتوحاً فلا يوجد بين طرفيه حق ولا دين، ولا يعتبر أحدهما دائناً أو مديناً، وإنما كل منهما طرف فى حساب جار إلى أن يقفل ويصفى فيظهر الرصيد.

حينئذ فقط تظهر المديونية، إذ يعتبر الرصيد النهائى ديناً لأحدهما على الآخر. وقد نص قانون التجارة الجديد على هذا المبدأ صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ بقوله «لا تقبل المفردات المقيدة فى الحساب الجارى التجزئة قبل قفل الحساب واستخراج الرصيد».

وأهم ما يترب على مبدأ عدم التجزئة هو أنه لا يجوز أخذ أحد بنود الحساب على انفراد لكى نجعل له أثراً خاصاً بين الطرفين. فلا يجوز المطالبة به ولا الاعتداد بحالة المديونية التى كان يؤدى إليها لولا دخوله فى الحساب. كذلك لا يمكن ربط مفرد معين بمفرد آخر ليقال مثلاً إن هذا كان تصفية أو وفاء لذاك. فهذه البنود أجزاء تندمج فى الكل مباشرة فلا يكون لأحدها صلة خاصة ببند آخر. ويعبر الفقهاء عن ذلك بأن البنود مستقلة بعضها عن البعض، وهو تعبير قد يثير اللبس. ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ تجارى على هذا الأثر صراحة إذ تقول «ولا تجوز المقاصة بين مفرد فى الحساب ومفرد آخر فى نفس الحساب».

والذى يحدث عند قفل الحساب الجارى هو مقاصة واحدة بين جميع البنود الدائنة وجميع البنود المدينة دفعة واحدة، ليخرج الرصيد النهائى. ولا يمكن أن تحدث مقاصة متتابعة بين بند معين وبند آخر، لأن المقاصة وفاء، ولا وفاء بين البنود وفقاً لمبدأ عدم التجزئة.

١٨٦ - عدم التجزئة يكمل الأثر التجديدي للحساب:

ولا شك أننا نلاحظ كيف أن مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى يكمل مبدأ التجديد الذى يترتب على إلقاء المدفوع فى الحساب. فلولا التجديد لما أمكن لمبدأ عدم التجزئة أن يجد تطبيقاً له فى هذا الحساب. إذ لولاه لظلت كل عملية من العمليات التى تمت بين الطرفين محتفظة بكيانها الخاص وصفاتها ودفوعها وتأميناتها، ولما أمكن أن يتم الاندماج بينها وبين سائر العمليات.

١٩١ - الوضع في قانون التجارة الجديد:

ولم يقر قانون التجارة الجديد هذا العرف على إطلاقه بالنسبة للقاعدتين السابقتين:

أ - فبعد أن كان الأصل هو إنتاج المدفوعات للفوائد بمجرد قيدها فى الحساب الجارى، أصبحت القاعدة فى ظل القانون الجديد هى أنه «لا تنتج المدفوعات فى الحساب الجارى عائداً إلا إذا اتفق على غير ذلك. ويحسب العائد وفقاً للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاقه ما لم يتفق على مقابل أقل» (م ٣٦٦ / ١ تجارى).

ب - وبعد أن كانت القاعدة هى جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أيا كان أطراف الحساب الجارى، تم تقييد هذه القاعدة، فى ظل القانون الجديد، وقصرها على الحساب الجارى المفتوح لدى بنك (م ٣٦٦ / ٢ تجارى).

الفرع الرابع

أثر الإفلاس في الحساب الجاري

١٩٢ - الإفلاس يؤدي إلي قفل الحساب الجاري:

أول ما يتبادر إلى الذهن عند ذكر الافلاس هو أثره الحاسم فى قفل الحساب الجارى. فإذا صدر حكم الافلاس ضد أحد طرفى الحساب ترتب على ذلك ضرورة اعتبار الحساب الجارى قد وصل إلى نهايته دون إمهال. فيمتنع اجراء أى قيد جديد سواء فى جانب الأصول أو فى جانب الخصوم، ويستخلص رصيد الحساب بالحالة التى يكون عليها وقت صدور حكم الافلاس. فإذا قيدت مدفوعات جديدة بعد هذا الحكم فإنها لا تدخل فى الحساب، ولا تتحول إلى بنود، ولا تندمج مع بقية المدفوعات السابقة على حكم الافلاس، ويستطيع

الدافع أن يطالب باستردادها من القابض. وبمعرفة الرصيد النهائي وقت حكم الافلاس يتبين موقف الطرف المفلس. فإذا كان الرصيد دائناً فيجب على الطرف الآخر أن يؤديه إلى أمين التفليسة، وإذا كان مديناً يتقدم الطرف الآخر إلى التفليسة مطالباً به ضمن جماعة الدائنين - في حالة عدم وجود ضمانات خاصة - ويخضع حينئذ لقسمة الغرماء.

١٩٣- مركز البنك الممتاز في تفليسة العميل:

إذا كان البنك مرتبطاً بحساب جار مع العميل المفلس، فإن آثار الحساب الجارى الخاصة تجعل للبنك بين دائنى هذا العميل المفلس مركزاً ممتازاً يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين الذى يعتبر من أهم المبادئ التى تحكم سائر قواعد الافلاس. ذلك أن الأثر التجديدى ومبدأ عدم تجزئة الحساب يجعلان البنك يفلت إفلاتاً تاماً من الحصار الذى تضربه المادة ٥٩٨ تجارى على تصرفات المدين المفلس فى فترة الريبة.

أ- فقد رأينا كيف أن المفوع فى الحساب لا يمكن أن يعتبر وفاء لمدفوع آخر. فكأن المدفوعات التى يلقيها المفلس فى الحساب خلال فترة الريبة تفلت من المادة ٥٩٨ التى تقرر عدم النفاذ الوجوبى لوفاء الديون قبل حلول آجالها.

كذلك رأينا أن هذه المدفوعات تتكون دائماً من مثليات من نوع واحد، حتى لو اتخذت صورة غير مباشرة. فإذا افترضنا أن المفلس قدم للبنك بضاعة كمدفوع فى الحساب خلال فترة الريبة، فإن هذا المدفوع لا يمكن الحكم بعدم نفاذه طبقاً لأحكام المادة ٥٩٨ على اعتبار أنه وفاء، بغير الشئ المتفق عليه، - حتى ولو كان الأمر كذلك فى الواقع - ليس فقط لأن المدفوع لا يعد وفاء، وإنما أيضاً لأن المدفوع الحقيقى هو القيمة النقدية للبضاعة وليس البضاعة ذاتها. فهذا المدفوع يعد، إذاً، نقوداً لا بضائع.

المبحث الثاني
النقل المصرفي

٢١٠- ماهيته:

عرف المشرع النقل المصرفي في المادة ١/٣٢٩ تجارى بأنه «عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغاً فى الجانب المدين من حساب الآمر بالنقل بناء على أمر كتابى منه وفى الجانب الدائن من حساب آخر».

فالنقل المصرفي، إذاً، عملية شكلية تتم بواسطة قيود يجريها البنك، مضمونها أنه يجعل حساب عميل معين مديناً بمبلغ معين، لكى يجعل حساب عميل آخر دائناً بذات المبلغ، أو هى نقل مبلغ من حساب لحساب آخر بمجرد قيود في الحسابين. وتبدأ هذه العملية عندما تنشأ علاقة مديونية بين شخصين لكل منهما حساب فى البنك. فبدلاً من أن يقوم المدين منهما بسحب مبلغ من حسابه ليوفى به للآخر الذى يلجأ بدوره إلى البنك مرة أخرى ليودعه، يصدر العميل المدين أمراً إلى البنك بأن ينقل من حسابه إلى حساب دائنه مبلغاً يعادل قيمة الدين فيجرى البنك القيود اللازمة، ثم يخطر العميل الدائن بأنه أضاف إلى حسابه هذا المبلغ نقلاً من حساب مدينه، فيوافق الدائن، أو على الأقل لا يعترض. وتمام العملية على هذا الوجه يغنى عن استعمال النقود، لذلك أطلق عليه تسمية «النقود القيدية» Monnaies Scripturales.

والغالب أن يتم النقل المصرفى من حساب عميل إلى حساب عميل آخر. لكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر العميل أمراً إلى البنك باجراء عملية النقل بين حسابين له فى ذات البنك أو فى بنكين مختلفين (مادة ١/٣٢٩ ب تجارى) إذا كان يخصص كل حساب منهما لغرض معين. كما إذا كان له حساب لأموره الشخصية وحساب آخر للعمليات التى يقوم بها فى ممارسة حرفة معينة ، وكما إذا كان شخصاً معنوياً - كشركة مثلاً - وله حساب خاص لكل فرع من فروعه المختلفة تسهيلاً لعمليات السحب والإيداع .

وعندما يتم النقل بين حسابين لذات الشخص أو لشخصين مختلفين لدى نفس البنك ، يسمى النقل المصرفى « النقل الداخلى » . أما إذا كان الحسابان فى بنكين مختلفين فيسمى « بالنقل الخارجى » .

ويكفل النقل المصرفى تسوية المعاملات بين الأشخاص فى سهولة ويسر . وهو من هذه الناحية يشبه الشيك ، لكنه يختلف عنه من حيث إن الوفاء عن طريق النقل المصرفى يعد وفاءً مبرئاً لذمة العميل الآمر بمجرد قيد المبلغ فى الجانب الدائن من حساب المستفيد ، بينما لا يعتبر كذلك عن طريق الشيك إلا بعد تمام قبض قيمته .

٢١١- كيفية تنفيذ النقل المصرفى :

تمر عملية تنفيذ النقل المصرفى بمراحل ثلاث على النحو التالى :

أ- اصدار امر النقل المصرفى :

ويصدر هذا الأمر من شخص يسمى العميل الآمر، ويتضمن بيانات تتعلق بالمبلغ المطلوب تحويله ، واسم المستفيد ومحله ورقم حسابه ، وتوقيع العميل الآمر .

ويجب أن يكون الأمر كتابياً ، فلا يجوز أن يكون شفهياً (مادة ١/٣٢٩ تجارى) . وتجرى عادة البنوك على إعداد نماذج مطبوعة لأمر النقل ووضعها تحت تصرف العملاء .

والأصل أن يكون أمر النقل إسمياً ، أى صادراً بإسم المستفيد . ولا شئ يمنع من أن يكون اذنياً ؛ وعندئذ يكون قابلاً للتداول شأنه فى ذلك شأن الشيك وتسرى عليه أحكامه فيماعدا تلك المتعلقة بطبيعته كالجزاء الجنائى على إصداره بدون رصيد . لكن لا يجوز بحال أن يكون للحامل (مادة ١/٣٢٩ تجارى) خشية ضياعه أو سرقته .

ويتم تحديد شروط اصدار هذا الامر بموجب اتفاق بين البنك والعميل (مادة ١/٣٢٩ تجارى) . فقد يتفق على عدم تنفيذ البنك للأمر مادام لم يتم

تحريره على النماذج المطبوعة التى يضعها البنك تحت تصرف العميل . كما قد يتفق على ضرورة ورود الأمر على المبالغ المقيدة فعلاً فى حساب العميل ، أو على تلك التى يتفق مع البنك على قيدها فى حسابه خلال مدة معينة (مادة ٣٣١ تجارى) . وتسمى المبالغ التى يرد عليها أمر النقل بمقابل الوفاء .

والقاعدة أن اصدار أمر النقل لا يترتب عليه أى أثر بالنسبة للمستفيد. إذ لا ينشأ حق المستفيد على المبلغ الوارد بأمر النقل إلا من وقت تنفيذه بقيد هذا المبلغ فى الجانب الدائن من حسابه (مادة ٣٣٢ تجارى) . فيبقى الدين الذى صدر أمر النقل وفاءً له قائماً بتأميناته وملحقاته إلى أن تقيد القيمة فعلاً فى الجانب الدائن من حساب المستفيد (مادة ٣٣٣ تجارى) .

ومادام الأمر كذلك ، فيجوز للعميل الآمر الرجوع فى أمر النقل والتصرف فى مقابل الوفاء . كما يجوز له التصرف فى مقابل الوفاء إذا كان أقل من المبلغ المذكور فى أمر النقل ورفض المستفيد – فى حالة ما إذا كان الأمر مقدماً منه مباشرة إلى البنك – أن يقيد هذا المقابل الناقص فى حسابه (مادة ٣٣٥ تجارى) .

لكن تجدر الملاحظة أنه فى حالة ما إذا اتفق العميل مع المستفيد على أن يتقدم هذا الأخير بنفسه إلى البنك بأمر النقل ، لا يجوز للعميل الآمر الرجوع فى الأمر حتى ولو لم يكن القيد قد تم فى الجانب الدائن من حساب المستفيد . وقد نصت على هذه القاعدة الفقرة الثانية من المادة ٣٣٢ تجارى . ومدلول ذلك أن المشرع قد أكد ، بهذه القاعدة ، حق المستفيد على مقابل وفاء أمر النقل بعد أن كان هذا الحق حقاً احتمالياً .

ومما لا شك فيه أن هذه القاعدة تكاد تكون مطابقة لقاعدة تخصيص مقابل الوفاء فى الكمبيالة ، حيث يتأكد – من وقت هذا التخصيص وإعلانه للمسحوب عليه – حق حامل الكمبيالة على مقابل وفائها بعد أن كان حقاً احتمالياً ، ويحرم بالتالى المسحوب عليه من التصرف فيه .

ب- التحقق من صحة أمر النقل والاسراع في تنفيذه :

ويجب على البنك ، عند تلقيه أمر النقل، أن يتحقق من صحته ومراجعة بياناته والتأكد من صحة توقيع العميل الآمر عن طريق مضاهاته مع نموذج توقيعه لدى البنك .

لكن يمتنع على البنك تحرى صحة العملية التى صدر أمر النقل لتسويتها ، إذ « يقتصر التزام البنك » - وفقاً لتعبير بعض الفقهاء - « على التحقق من صحة أمر النقل من الناحية الشكلية دون الناحية الموضوعية » .

ويجب على البنك ، عقب ذلك ، الاسراع في تنفيذ أمر النقل ، وإلا انعقدت مسئوليته عما يسببه التأخر فى التنفيذ من أضرار .

ومع ذلك يجوز الاتفاق على ارجاء تنفيذ أوامر النقل الصادرة من العميل الآمر أو المقدمة من المستفيد مباشرة إلى آخر اليوم لتنفيذها مع غيرها من الأوامر التى من نوعها والصادرة فى ذات اليوم (مادة ٣٣٤ تجارى) .

وإذا لم ينفذ البنك أمر النقل فى أول يوم عمل تال ليوم تقديمه اعتبر الأمر فى حدود المقدار الذى لم ينفذ كأن لم يكن ويجب رده إلى من قدمه مقابل إيصال . فإن تم الاتفاق على مدة أطول من ذلك ، وجب أن يضاف أمر النقل الذى لم ينفذ إلى الأوامر التى تقدم فى الأيام التالية خلال تلك المدة (مادة ٣٣٦ تجارى) .

وإذا كان مقابل الوفاء بأمر النقل أقل من القيمة المذكورة فيه وكان الأمر موجهاً من العميل الآمر ، جاز للبنك أن يرفض تنفيذه على أن يخطر العميل بذلك دون ابطاء (مادة ١/٣٣٥ تجارى) .

جـ- القيد في حساب المستفيد :

تنتهى عملية النقل المصرفى بقيد المبلغ الوارد بأمر النقل فى الجانب المدين من حساب العميل الآمر وفى الجانب الدائن من حساب المستفيد . ويختلف وقت اتمام العملية ومكانها بحسب ما إذا كان النقل المصرفى داخلياً أم خارجياً .

فإذا كان النقل داخلياً ، أي بين حسابين في ذات البنك ، فلا صعوبة في الأمر حيث يتم قيد المبلغ محل الأمر في نفس الوقت وذلك بكتابته مرة في الجانب المدين من حساب العميل الآمر ومرة أخرى في الجانب الدائن من حساب المستفيد . وتنتهي بهذا القيد عملية النقل ويتحدد ، من ثم ، تاريخ اتمامها ومكانها .

أما إذا كان النقل خارجياً ، أي بين بنكين مختلفين ، فتنتهي عملية النقل ويتحدد تاريخها بقيام بنك المستفيد بقيد مبلغ الأمر في الجانب الدائن من حساب هذا الأخير . وهو يقوم بهذا القيد باعتباره وكيلاً عن بنك العميل الآمر . ولا تقتضي عملية النقل ، في هذه الحالة ، عادة أن يعطى بنك العميل مصدر الأمر المبلغ الذى قيده البنك الآخر في حساب عميله المستفيد ، إذ غالباً ما يكون بين البنكين حسابات متصلة تتم تصفيتها عن طريق المقاصة . ويلاحظ في هذا الفرض أن موطن بنك المستفيد يعتبر هو المكان الذى تمت فيه عملية النقل المصرفي .

وجدير بالذكر أنه إذا تم النقل المصرفي بين فرعين لبنك واحد أو بين بنكين مختلفين ، فيجب أن يقدم الاعتراض على هذا النقل الصادر من الغير إلى الفرع أو البنك الذى يوجد به حساب المستفيد (مادة ٣٣٠ تجارى) .

ولتاريخ القيد في الجانب الدائن من حساب المستفيد أهمية قصوى : إذ قبل هذا التاريخ يستطيع العميل الآمر أن يرجع فيلغى الأمر الذى أصدره ، إلا إذا اتفق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى البنك فلا يجوز للعميل الآمر الرجوع في الأمر حتى ولو لم يكن القيد في حساب المستفيد قد تم ، على ما سبق البيان . كما تظهر أهميته كذلك عند افلاس العميل الآمر أو افلاس البنك الذى يقوم بالقيد ، فعلى هذا التاريخ يتوقف نفاذ النقل المصرفي أو عدم نفاذه . فشهر افلاس العميل الآمر لا يحول دون تنفيذ أوامر النقل التي أصدرها طالما قد قدمت إلى البنك قبل تاريخ صدور الحكم بشهر الافلاس (مادة ٢/٣٣٧

تجارى) . أما إذا أشهر إفلاس المستفيد ، فيجوز للعميل الآمر الاعتراض على تنفيذ أمر النقل ولو تسلمه المستفيد بنفسه (مادة ١/٣٣٧ تجارى) .

آثار النقل المصرفى :

أ- إذا تمت عملية النقل المصرفى فإن البنك ينقص من رصيد العميل الآمر فى الحساب إذا كان هذا الرصيد يجاوز المبلغ محل النقل ، أو يضيف إليه إذا كان أقل من المبلغ المذكور . ففى الفرض الأول يعتبر العميل ساحبا من الرصيد ، وحاصلاً على ائتمان من البنك ، أى مقترضا ، فى الفرض الثانى .

أما بالنسبة للمستفيد ، فإن عملية النقل تعتبر ، بمجرد اتمامها ، بمثابة ايداع فى حسابه للمبلغ الوارد بأمر النقل ، ومن ثم ينشأ له حق مباشر قبل البنك فى هذا المبلغ لأنه يعتبر مالكاً له من وقت القيد (مادة ٣٣٢ تجارى) . وهذا الحق حق بات ومستقل تماماً عن العلاقة بين العميل الآمر والبنك ، والتى كانت السبب فى اصدار الأمر . فلو أن التصرف الذى تم على أساسه النقل المصرفى قد أبطل لسبب أو لآخر ، فإن البطلان لا يؤثر على صحة وتمام عملية النقل المصرفى . كذلك يمتنع على البنك أن يلغى القيد الذى تم أو تعطيل أثره بحجة عدم وفاء العميل بالمبلغ محل النقل ، أو أن يتمسك فى مواجهة المستفيد بالمقاصة بين مقابل وفاء أمر النقل وبين دين له على العميل .

أما فى العلاقة بين العميل الآمر، والمستفيد، فإن عملية النقل المصرفى تعتبر وفاءً مبرئاً لذمة العميل . ولذلك يبقى الدين الذى صدر أمر النقل وفاءً له قائماً بتأميناته وملحقاته إلى أن تقيد القيمة فعلاً فى الجانب الدائن من حساب المستفيد . وهو كالوفاء بالنقود فى حكم المادتين ٥٩٨ و٥٩٩ المتعلقتين بعدم نفاذ تصرفات المدين المفلس خلال فترة الريبة .

الفرع الثاني

فتح الاعتماد البسيط

٢٢٢- تعريف عقد فتح الاعتماد ومزاياه:

على خلاف القرض، يعد عقد فتح الاعتماد من بين أهم عمليات الائتمان المصرفية وأكثرها ذيوعاً بين البنك وعملائه من التجار. وهو اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه - لا باعطاء مبلغ من النقود، كما هو الحال فى عقد القرض - بأن يضع تحت تصرف عميله وسائل دفع فى حدود مبلغ معين لمدة معينة أو غير معينة (م ٣٣٨ تجارى). ويستفيد العميل من ذلك إما بقبض هذا المبلغ كله أو بعضه خلال هذه المدة، أو بسحب شيكات عليه، أو بتحرير أوراق تجارية، أو بأى كيفية أخرى يتفق عليها. وفى مقابل ذلك يتعهد العميل برد المبالغ التى يستعملها فعلاً، وما قد يتفق عليه من فوائد وعمولة ومصروفات.

وفتح الاعتماد يتفق تماماً ومصالح العملاء. فالعميل التاجر يطمئن تمام الاطمئنان عند الحصول على وعد البنك بإقراضه فى خلال الأجل المحدد، فيباشر عملياته التجارية وهو يعلم أنه يستطيع أن يلجأ إلى البنك - فى الوقت الذى تدعوه فيه ضرورة عاجلة ناشئة عن إحدى العمليات - فيحصل فوراً على المبلغ الذى يحتاج إليه. أما إذا لم تضطره عملياته التجارية إلى هذا القرض، فلا التزام عليه بأن يسحب المبلغ الذى طلبه من البنك عند فتح الاعتماد، ولا التزام عليه بأن يدفع عنه أى فائدة.

٢٢٣- اقتران فتح الاعتماد بعقد الحساب الجارى:

وقد يقترن عقد فتح الاعتماد بعقد فتح الحساب الجارى، فيوضع المبلغ المتفق عليه كمدفوع فى جانب أصول العميل. ويحقق ارتباط العقدين مزية كبيرة لصالح العميل، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة التى يصبغها الحساب الجارى على العقود التى ترتبط به. ففى الحساب الجارى لا دين ولا وفاء وإنما مدفوعات فى جانب الأصول وأخرى فى جانب الخصوم، تستمر وتتشابك إلى

نهاية الحساب. فإذا أقدم العميل على وفاء البنك ببعض أو كل المبلغ الذى سحبه فعلاً بمقتضى الاعتماد المفتوح، فإن هذا الوفاء يعتبر مدفوعاً جديداً بمقتضى الحساب الجارى وليس وفاءً لدين سابق. ويحقق هذا الاعتبار منفعة عملية حقيقية للعميل، إذ يستطيع أن يسحب المبلغ المعتمد، لا مرة واحدة فقط، وإنما عدة مرات حسبما يتراءى له طوال مدة الحساب المفتوح.

فإذا افترضنا مثلاً أن المبلغ المعتمد كان مليون جنيه، فقام العميل بسحب نصف مليون جنيه، ثم قام بوفاء هذا المبلغ بعد أجل معين، فإنه لا يستطيع، بعد هذا الوفاء، أن يسحب أكثر من نصف مليون جنيه، وهو المبلغ الذى تبقى له بعد عملية السحب الأولى. أما إذا اقترن فتح الاعتماد بحساب جار، فإن الوفاء الذى قام به لا يعتبر وفاءً، وإنما هو مدفوع جديد فى الحساب. وتكون النتيجة أننا نجد فى أصول العميل مبلغ مليون ونصف مليون جنيه، وهو مجموع مبلغ المليون جنيه، قيمة الاعتماد المفتوح، ومبلغ النصف مليون جنيه، وهو المدفوع الجديد الذى ألقاه العميل فى الحساب، بينما نجد فى خصوم العميل مبلغ النصف مليون جنيه الذى قام بسحبه من قيمة الاعتماد، وتكون النتيجة أن يكون للعميل أن يسحب مرة أخرى مبلغ مليون جنيه.

٢٢٤- تكوين العقد وإثباته:

هو عقد رضائى. وغالباً ما يتم شفوياً ثم يطلب العميل من البنك أن يرسل له خطاباً لتأكيد فتح الاعتماد يسمى Lettre de Confirmation. وإذا كان الطرفان مرتبطين بحساب جار سابق، فقد يتم فتح الاعتماد بمجرد ذكر المبلغ المعتمد فى الحساب. وأهم ما يعنى الطرفان بتحديده فى العقد هو الحد الأقصى للمبلغ الذى يضعه البنك تحت تصرف العميل، والذى لا يجوز لهذا الأخير أن يتعداه، ويطلق عليه حد الائتمان Ligne de Crédit. كذلك يحدد العقد المدة التى يحق للعميل خلالها استعمال هذه النقود - ويجوز تجديد هذه المدة بالاتفاق - وطريقة أو طرق استعمالها ويحدد سعر الفائدة ومقدار العمولة التى يتقاضاها البنك.

ويجب توفر الشروط العامة لصحة العقد. وهو قائم على الاعتبار الشخصى، فالغلط فى شخص العميل أو فى صفة جوهرية فيه يؤدى إلى بطلان العقد.

وهو تجارى دائماً بالنسبة للبنك، وتجارى للعميل إذا كان تاجراً أبرم العقد بمناسبة التجارة، وتسرى قواعد إثبات العقد على هذا الأساس.

٢٢٥- آثار عقد فتح الاعتماد: ١- التزامات العميل:

يلتزم العميل برد المبالغ التى استعملها فى الميعاد المتفق عليه مع الفوائد المتفق عليها، وبأن يدفع العمولة إذا نص عليها العقد.

ولكنه لا يلتزم بأن يستعمل النقود التى يضعها البنك تحت تصرفه بمقتضى العقد، حتى ولو كان البنك قد قام بما يكفل وجود هذه النقود سائلة فى حزانته، أو امتنع عن التصرف فيها لغيره من العملاء. ففتح الاعتماد يمنح العميل حق الخيار فى الاستفادة أو عدم الاستفادة منه ما لم يتفق على تقييد هذا الحق صراحة، كأن يشترط البنك مثلاً فسخ الاعتماد بغير اخطار إذا لم يستعمله العميل خلال أجل معين. على أن البنوك لا تلجأ عادة إلى وضع هذا القيد، ولكنها قد تشترط على العميل مثلاً أن يقصر بعض عملياته التجارية عليها، وعلى الأخص خصم الأورق التجارية.

ولكن إذا كان الاعتماد مفتوحاً لمدة غير معينة فإن حق الخيار الممنوح للعميل ليس مطلقاً إذ يعتبر الاعتماد ملغياً إذا لم يستعمله العميل لمدة ستة أشهر من تاريخ اخطاره بفتحه (م ٢/٣٣٩ تجارى).

٢٢٥-٢- التزامات البنك:

أهم هذه الالتزامات أن يضع النقود التى وعد بها تحت تصرف العميل طوال الأجل المعين. ويتأكد هذا الالتزام إذا كان العميل يقوم بدفع عمولة مقابل هذا الوعد. ومع ذلك فعدم الاتفاق على عمولة لا يعطى البنك حق فسخ العقد، حتى ولو لم يستعمل العميل المبالغ الموضوعة تحت تصرفه.

..وز للبنك الرجوع في الوعد قبل الأجل المحدد، ولا يكون صحيحاً ..ذي يعطي البنك حق الرجوع فيه متى شاء لأنه يعتبر شرطاً ارادياً ..ماً. ولكن فتح الاعتماد يستند إلى ثقة البنك في العميل، ومن ثم فيتم الغاؤه ..وال هذه الثقة. ولقد حصرت المادة ٣٤٠ تجارى حالات الغاء الاعتماد المفتوح لمدة معينة، بحيث لا يجوز في غيرها. وهذه الحالات هي: وفاة المستفيد أو الحجر عليه أو توقفه عن الدفع ولو لم يصدر حكم بشهر افلاسه أو صدور خطأ جسيم منه في استعمال الاعتماد.

أما إذا كان الاعتماد لمدة غير معينة، جاز للبنك الغاؤه في كل وقت بشرط اخطار المستفيد قبل الميعاد الذى يعينه البنك للالغاء بعشرة أيام على الأقل ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك (م ١/٣٣٩ تجارى).

٢٢٦- الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد

ثار خلاف حول طبيعة هذا العقد. ولا شك أن هناك فارقاً كبيراً بين عقد فتح الاعتماد وبين القرض البات. ذلك أن القرض يستلزم أن يتسلم المقترض المبلغ المقترض فور التعاقد. صحيح أن القرض لم يعد عقداً عينياً فلا يعتبر هذا التسليم شرط انعقاد العقد، ولكن التسليم لا يزال أول الالتزامات التى تترتب عليه وتتعلق بترتبه بقية آثار عقد القرض. أما في عقد فتح الاعتماد فلا لزوم على الاطلاق لأن يقوم العميل بسحب المبلغ الذى يضعه البنك تحت تصرفه، بل يصح ألا يلجأ العميل إلى الاستفادة من الاعتماد المفتوح دون أن يؤثر ذلك في بقاء العقد وفاعليته وترتيبه لسائر آثاره بين الطرفين.

كذلك لا يمكن أن يعد فتح الاعتماد – كما قضت بذلك بعض الأحكام – قرضاً معلقاً على شرط واقف هو استفادة العميل من الاعتماد فعلاً. ذلك لأننا رأينا أن عدم تحقق الشرط لا يؤثر في صحة العقد ولا في ترتيبه لآثاره، ولا ريب في أن عقد فتح الاعتماد عقد بات منذ ابرامه.

والرأى الذى يقول به غالبية الفقهاء هو الذى يرى اعتباره وعداً بالقرض. فالبنك – وهو الواعد بالقرض – يلتزم بتقديمه عندما يعلن المستفيد من الوعد (العميل) رغبته في ذلك. ولكن أنصار هذا الرأى أنفسهم يلاحظون ما يختص به فتح الاعتماد دون الوعد بالقرض العادى من مميزات: ففي الوعد بالقرض، يكون المبلغ المقترض عادة وحدة لا تتجزأ، بحيث إذا أبدى المستفيد رغبته فى الاستفادة من الوعد إنصبت هذه الرغبة على المبلغ الموعود به جميعه. أما فى فتح الاعتماد، فالعميل يستفيد من قروض متتالية وفقاً لرغبته وحاجاته، وقد يقتصر على الاستفادة من هذا الوعد استفادة جزئية. هذا إلى جانب أن الاستفادة من فتح الاعتماد قد لا تتخذ شكل استلام مبلغ نقدى، كما هو الأمر فى الوعد بالقرض، وإنما قد تكون فى أشكال مصرفية متنوعة.

والواقع أن فكرة فتح الاعتماد تتميز، بوجه عام، عن فكرة القرض، بأنها أشمل وأوسع، حتى إذا تغاضينا عن الصعوبة الفنية الناشئة عن عدم استفادة العميل من فتح الاعتماد عقب التعاقد مباشرة. ذلك أن القرض الذى تعرفه القواعد العامة يواجه – فى قصد المقترض – حاجة عاجلة إلى مبلغ معين من المال. والوعد بالقرض يواجه، هو الآخر – فى قصد المستفيد من الوعد – حاجة آجلة محتملة إلى مبلغ معين من المال. وفى الحالتين ينحصر العقد فى حدود ضيقة معينة يبينها الطرفان ويرتكز عليها العقد. أما فى فتح الاعتماد فطالبه لا يعرف مدى حاجته ولا مواعيد هذه الحاجات، بل وقد لا يعرف أن ثم حاجة مقبلة تلجئه إلى استعمال الاعتماد المفتوح. وإنما هو يقصد من عقد فتح الاعتماد إلى الحصول على مجرد الاطمئنان إلى قوة مركزه الائتمانى ازاء ديون تحل فى المستقبل أو عمليات تجارية ينوى ابرامها.

هذا المركز الائتمانى الوطيد هو الهدف الأساسى للعقد وليس – كما فى القرض أو الوعد بالقرض – مجرد الحصول على مبلغ معين من المال. لذلك قد تكون الاستفادة من الاعتماد المفتوح عن طريق سحب شيكات أو تحرير

أوراق تجارية أو تكليف البنك بالقيام بعمليات معينة لصالح العميل. وإذا اقترن فتح الاعتماد بفتح الحساب الجاري - كما هو الغالب فى العمل - فإن كل هذه العمليات، بما فيها عملية فتح الاعتماد، تصبح مدفوعات متبادلة متشابكة لا يمكن أن نصف أحدها بأنه قرض أو بأنه وفاء لهذا القرض.

لذلك لابد من الاعتداد بهذا الشمول والاتساع فى فكرة الاعتماد عند تكييف طبيعته القانونية. فلا نتقيد بفكرة القرض أو الوعد بالقرض، بل نتتبع الغرض الاقتصادى لعقد فتح الاعتماد باعتباره عملية مركبة، تتميز عن العقود البسيطة التى يعرفها القانون المدنى.

وإذا أردنا أن نتتبع هذه العملية المركبة، ونحلل أهداف العميل فيها، فإننا نراه يهدف إلى تحقيق غرضين متتالين: أولاً، أن يطمئن إلى الحصول على هذا المبلغ النقدى. وثانياً، أن يطمئن إلى أن هذا المبلغ موجود فى مكان أمين حتى يستفيد منه عندما يحتاج إليه فى عملياته التجارية المختلفة.

فلو أن العميل أراد أن يصل إلى هذين الهدفين عن طريق العقود المدنية، فإنه لابد له أن يلجأ إلى عقدين لا إلى عقد واحد. يلجأ أولاً إلى اقتراض المبلغ الذى يكفيه، ثم يلجأ إلى ايداع هذا المبلغ عند أمين. لابد له، إذاً، من عقد قرض يتبعه عقد وديعة. ولما كان العميل يقترض من البنك ثم يقوم بالايداع فى ذات البنك، فلا مناص من اندماج هذين العقدين فى عملية واحدة هى بلا شك عملية فتح الاعتماد.

ومن ذلك يتضح لماذا لا يتبع فتح الاعتماد تسليم المبلغ كما هو الأمر فى القرض. ذلك أن اندماج عقد القرض مع عقد الايداع عند ذات المقرض يؤدى إلى امتناع التسليم والتسلم. فبينما عقد القرض يقتضى تسليم المبلغ المقرض من ا لبنك للعميل، فإن عقد الايداع الذى يتبعه يقتضى تسليم ذات المبلغ من العميل إلى البنك. فإذا اندمج هذان العقدان لم يعد هناك موجب لأن يتبادل الطرفان تسليم وتسلم المبلغ المتفق عليه.

الفرع الثالث

الاعتماد المستندي

٢٢٧- التعريف بالاعتماد المستندي وبيان مزاياه:

رأينا فى فتح الاعتماد البسيط أن العلاقة تنحصر بين البنك والعميل المستفيد من هذا الاعتماد. ولا شك أن العميل يستعمل المبلغ المعتمد فى تسديد ديونه لغيره من التجار. ولكن البنك يظل فى حالة الاعتماد البسيط أجنبياً عن دائنى العميل الذين يستفيدون، بطريق غير مباشر، من فتح الاعتماد.

ويختلف فتح الاعتماد المستندى عن هذه الصورة، ففيه يلتزم البنك مباشرة ازاء هذا الغير بناء على طلب العميل. وأكثر ما يكون الاعتماد المستندى فى التجارة الخارجية بين مستوردين ومصدرين، وخاصة فى البيوع البحرية. فالاعتماد المستندى هو تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل، ويسمى الآمر أو معطى الأمر، لصالح الغير المصدّر، ويسمى المستفيد، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة فى هذا التعهد ومضمون برهن حيازى على المستندات الممثلة للبضائع المصدّرة. أو هو، طبقاً لتعريف الفقرة الأولى من المادة ٤٣١ تجارى، «عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الآمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل».

والتزام البنك ازاء الغير المصدّر مباشرة ميزة كبرى لكل من العميل وهذا الغير: إذ أن تدخل البنك يضمن للبائع استيفاء الثمن، وللعميل المشترى مطابقة مستندات الصفقة للشروط التى يتطلبها. كما يجنب هذا العميل تجميد جزء من رأسماله فى الفترة بين ارسال قيمة البضاعة إلى المصدّر – إذا اضطر إلى دفع الثمن مقدماً – وبين استلام البضاعة وبيعها، فالبنك لا يدفع الثمن إلا عند استلام المستندات.

لذلك فإن دور الاعتماد المستندى فى التجارة الخارجية غاية فى الأهمية. ذلك أن أهم ما يعنى به ويهتم له تاجران من بلدين مختلفين هو تأكد كل منهما من قدرة الآخر وعزمه على الوفاء بالتزاماته رغم بعد الشقة واختلاف القانون المطبق والمحاكم المختصة، لأن ذلك يجعل المطالبة القضائية فى حالة نكوص أحدهما كثيرة التكاليف غير مأمونة العواقب. وليس ثم شك فى أن توقيع البنك أدعى إلى طمأنة البائع البعيد من توقيع العميل المشترى، خاصة إذا لم يكن لهذا الأخير مركز مالى على درجة كافية من المتانة. وعندما يقوم البنك بدفع الثمن، فإنه يتسلم المستندات التى تمثل البضاعة المبيعة – كسند الشحن ووثيقة التأمين والفاتورة والمستندات الأخرى – وتسلم هذه المستندات عملية قانونية تحتاج إلى كثير من الدقة والخبرة. وتعهد البنك فى القيام بها لمصلحة عميله المشترى أدى إلى طمأنة هذا الأخير.

ويستند الاعتماد المستندى فى قيامه بهذا الدور إلى استعمال الكمبيالة المستندية، كما سنرى.

ولقد تعرض المشرع للاعتماد المستندى فى الفرع السابع من الباب الثالث من تقنين التجارة الجديد، وقضى، فيما لم يرد في شأنه نص خاص فى هذا الفرع، بتطبيق القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية (م ٢/٣٤١ تجارى). وسوف نتكلم أولاً فى وصف هذه العملية (المطلب الأول) ثم عن العلاقات التى تنشأ بين أطرافها (المطلب الثانى)، وأخيراً عن طبيعتها القانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول
عملية الاعتماد المستندي

٢٢٨ - وصف العملية:

لنفرض أن « أ » هو التاجر المصرى المشترى، وأن «ب» هو البائع الأجنبى. يطلب « أ » من البنك المصرى الذى يتعامل معه أن يفتح اعتماداً قصير الأجل بمبلغ الثمن، وأن يوجه الاعتماد لصالح «ب» مباشرة، بشرط أن يقدم هذا الأخير المستندات التى يحدد « أ » للبنك مواصفاتها بدقة.

فإذا أتفق البنك مع عميله « أ » على فتح الاعتماد، فإنه يرسل إلى «ب» خطاباً يخطره فيه بوجود المبلغ تحت تصرفه مقابل تسليم المستندات الممثلة للبضاعة. عند ذلك يقوم «ب» بسحب كمبيالة مستندية على البنك يرفق بها هذه المستندات المطلوبة. وتكتسب الكمبيالة بذلك قوة أئتمانية كبيرة إذ أن المسحوب عليه هو البنك، وليس « أ » الذى قد لا يكون معروفاً فى بلد البائع الأجنبى.

ولذا يستطيع «ب» أن يخصم هذه الكمبيالة لدى البنك الأجنبى الذى يتعامل معه هو، فيحصل فوراً على ثمن البضاعة التى أرسلها إلى « أ ».

ثم يحين موعد استحقاق الكمبيالة – وهو عادة ميعاد قصير لا يتجاوز عشرة أو خمسة عشر يوماً، فيتقدم البنك الأجنبى بالكمبيالة والمستندات المرفقة بها إلى البنك المصرى مطالباً بالوفاء. عندئذ يقوم البنك المصرى بفحص المستندات للتأكد من أنها تطابق شروط ومواصفات عميله « أ ». فإذا اطمأن إليها دفع قيمة الكمبيالة واستردها مع المستندات، فتنتهى بذلك العلاقات الخارجية بين البنك الأجنبى وبين البنك المصرى، وتنحصر العلاقة فى فتح الاعتماد بين البنك المصرى وعميله « أ ».

وفى خلال هذا الوقت، تكون البضاعة التى أرسلها «ب» قد وصلت أو فى

طريقها إلى الوصول. ولا يستطيع « أ » أن يتسلم هذه البضاعة عند وصولها إلا إذا كان حائزاً للمستندات التى تمثلها. وهى المستندات التى تسلمها البنك المصرى عند قيامه بدفع قيمة الكمبيالة.

لذلك يضطر « أ » إلى أن يسعى إلى البنك، فيدفع له قيمة الكمبيالة ويستلم المستندات، ويتسنى له بذلك تسلم البضاعة أو مبلغ التأمين إذا كانت قد هلكت فى الطريق.

أما إذا لم يقم « أ » بهذا الوفاء، فإن البنك يكون فى مركز الدائن المرتهن، فيستطيع أن يحبس المستندات ويتسلم بمقتضاها البضاعة أو التأمين عند هلاكها، فيستوفى بذلك قيمة الاعتماد بالأولوية طبقاً للقواعد العامة.

٢٢٩- أنواع الاعتمادات المستندية:

والعملية، كما وصفناها فى البند السابق، هى عملية الاعتماد المستندى فى صورتها الأساسية الأكثر وضوحاً وذيوعاً فى العمل. ولكنها قد تبدو فى أشكال مختلفة يتفق عليها الأطراف تحقيقاً لمصالحهم فى حالات معينة:

أ – فهناك الاعتماد القابل للإلغاء Révocable (م ١/٣٤٣ تجارى). وهو الاعتماد الذى يحتفظ فيه البنك لنفسه بحق الغائه فى أى وقت دون مسئولية عليه قبل المستفيد أو قبل العميل الآمر، ودون أن يلتزم حتى باخطار المستفيد بالالغاء (م ٣٤٤ تجارى)، وإن كانت العادة قد جرت على أن البنك يخطر المستفيد بالإلغاء. وعلى هذا الوجه لا يكون لمثل هذا الاعتماد القابل للإلغاء قيمة قانونية، إذ أنه غير ملزم للبنك. وإنما تنحصر قيمته بين الطرفين (البائع والمشترى) فى مجرد تنظيم طريقة الدفع بينهما. والالتجاء إليه يفترض أن الثقة بين البائع والمشترى متوفرة فى الأصل دون حاجة إلى تدخل البنك.

أما الاعتماد غير القابل للإلغاء Irrévocable، فهو الذى يكون البنك فيه ملتزماً شخصياً وبطريقة مباشرة فى مواجهة المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذى سحب تنفيذاً للعقد الذى فتح الاعتماد بسببه. (م١/٣٤٥ تجارى). وهى

الصورة العادية (م٢/٣٤٣ تجارى)، ولا يجوز الغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوى الشأن فيه (م٢/٣٤٥ تجارى).

ب- وقد يكون الاعتماد مؤيداً أو معززاً Confirmé وذلك فى الحالة التى لا يطمئن فيها البائع لا إلى المشترى ولا إلى بنك المشترى، فيشترط أن يتدخل بنك ثانٍ ليضيف تعهده إلى تعهد البنك الأول، والبنك الثانى الذى يتدخل للتأييد يكون عادة بنك بلد البائع.

وقد يكون الاعتماد غير القابل للإلغاء مؤيداً من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد (م١/٣٤٦ تجارى)، وقد يكون غير مؤيد.

ولا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندى البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً من هذا البنك للاعتماد (م٢/٣٤٦ تجارى).

أما الاعتماد القابل للإلغاء فلا يتصور أن يكون مؤيداً، إذ الفرض أن البنك فيه غير ملتزم، فليس هناك ما يصلح أن يكون موضوعاً للتأييد.

جـ- وقد يكون الاعتماد قابلاً للتحويل Transferable، وذلك عندما يكون للمستفيد أن يحول الاعتماد إلى مستفيد جديد يكون له حق مباشر قبل البنك بحيث يقبل الكمبيالات التى يسحبها عليه هذا المستفيد الجديد. والقاعدة أن الاعتماد لا يقبل التحويل إلا لمرة واحدة فقط ما لم ينص فيه صراحة على غير ذلك، وهى قاعدة وردت فى المادة ٣٩ من مجموعة القواعد والعادات الموحدة. ولقد نصت على هذه الصورة المادة ٣٤٩ تجارى بقولها «لا يجوز تحويل الاعتماد المستندى ولا تجزئته إلا إذا كان البنك الذى فتحه مأذوناً فى تحويله كله أو بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد. ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك».

أما إذا كان الاعتماد غير قابل للتحويل فإن ميزته تقتصر على المستفيد الذى حدده العميل الآمر للبنك، دون غيره.

د - والأصل أن يكون مبلغ الاعتماد ثابتاً محدداً. ولكنه قد يكون دورياً متجدداً، كما لو كان مبلغ ألف جنيه كل شهر - لمدة سنة مثلاً - بحيث ينقضى حق المستفيد فى المبلغ الشهرى إذا انقضى الشهر دون استعماله، ويظل له الحق فى مبالغ الشهور التالية.

المطلب الثاني

العلاقات الناشئة عن فتح الاعتماد المستندي

٢٣٠-١- العلاقة بين العميل الآمر والغير المستفيد:

هى علاقة مستقلة سابقة على عملية فتح الاعتماد. ومضمونها يكون عادة عقد بيع غالباً ما يكون هو العقد البحرى المعروف بعقد .C.I.F، أو بالانجليزية .C.I.F . ويكون العميل الآمر هو المشترى، والغير المستفيد هو البائع، فتحكم علاقاتهما هذه قواعد العقد المبرم بينهما. ويتم الانفاق عى دفع الثمن عن طريق فتح الاعتماد المستندى. لذلك يكون العميل مسئولاً إذا لم يتخذ فى الوقت المناسب الخطوات اللازمة للاتفاق مع البنك على فتح الاعتماد المستندى لصالح البائع.

ولا شأن للبنك بهذه العلاقة السابقة بين العميل الآمر والبائع المستفيد، بل الفرض أنه يجهلها. ولقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٤١ تجارى بقولها «عقد الاعتماد المستندى مستقل عن العقد الذى فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد».

٢٣٠-٢- العلاقة بين العميل الآمر والبنك:

هذه العلاقة يحكمها عقد فتح الاعتماد المستندى المبرم بينهما. وقد يكون بين العميل والبنك علاقة حساب جار أو يكون البنك قد قام بفتح اعتماد بسيط

عام لصالح العميل. فيكون فتح الاعتماد المستندى بجزء من مبلغ الاعتماد العام وسيلة من وسائل استعماله. وإنما من الممكن أن تكون عملية فتح الاعتماد المستندى عملية مستقلة منفردة.

أ – ويلتزم العميل، بمجرد ابرام عقد فتح الاعتماد المستندى، أن يدفع للبنك العمولة المتفق عليها. فهى تستحق لصالح البنك قبل تنفيذ الاعتماد. وعند تمام تنفيذ الاعتماد فإن العميل يلتزم بأن يرد للبنك قيمة المبلغ الذى قدمه للغير المستفيد مقابل المستندات التى طلبها، كما يرد ما قد يكون البنك قد تكبده فى سبيل إتمام العملية من مصروفات أخرى. وللبنك، على سبيل الضمان، حق حبس المستندات. ويجوز له، كذلك، – إذا لم يدفع العميل الآمر خلال ستة أشهر من تاريخ ابلاغه بوصول السمتندات – التنفيذ على البضاعة باتباع اجراءات التنفيذ عى الأشياء المرهونة رهناً تجارياً (م ٣٥٠ تجارى).

ب– أما البنك، فهو يلتزم فى مواجهة عميله الآمر بتنفيذ العملية وفقا لتعليماته بدقة: فيرسل للمستفيد خطاباً يخطره فيه بفتح الاعتاد وقيمته ومدته وشروطه، ويحدد له المستندات التى طلبها عميله. والبنك فى كل ذلك مقيد بتعليمات عميله فى عقد فتح الاعتماد المبرم بينهما، فلا شأن له على الاطلاق بعلاقة البيع السابقة بين العميل الآمر والمستفيد.

ولكن أخطر التزامات البنك وأكثرها دقة هو ضرورة أن يتحقق من صحة المستندات ومطابقتها لتعليمات العميل (م ١/٣٤٧ تجارى). فمسئوليته هنا مزدوجة: فهو مسئول إذا هو قدم المبلغ المعتمد للمستفيد نظير مستندات غير مطابقة، وهو مسئول كذلك إذا هو رفض تقديم المبلغ عند تقديم المستفيد لمستندات مطابقة (م ٣٤٢ تجارى). ولكن لا مسئولية عليه إذا كانت المستندات فى ظاهرها مطابقة للتعليمات التى تلقاها من العميل الآمر (م ١/٣٤٨ تجارى). وإذا رفض البنك المستندات وجب عليه اخطار العميل الآمر فوراً بهذا الرفض مبيناً أسبابه (م ٢/٣٤٧ تجارى).

والقضاء يتشدد فى معاملة البنك، ويعتبر أن التزامه بفحص المستندات والتحقق من مطابقتها التزاماً مقيداً. فيجب عليه أن يتحقق من أن المستندات مقدمة قبل انتهاء مدة الاعتماد، وأنها مستوفية لسائر الشروط التى وردت فى خطاب الاعتماد المرسل إلى المستفيد، وأنها جميعاً موجودة. وليس للبنك أن يقدر أو يتصرف أو يستند إلى علاقة البيع السابق، فالتزامه حرفى. والبنك مسئول أمام العميل عن أى مخالفة تشوب هذه المستندات. وللعميل فى هذه الحالة أن يرفض تسلم المستندات من البنك ويطالب بالتعويض. والواقع أن أغلب المنازعات التى تثور أمام القضاء، بين البنك وعميله، تكون عادة فى مسئولية البنك عن فتح المستندات. بل كثيراً ما يعمد العميل، إذا وجد أن الصفقة لم تعد مناسبة له لسبب أو لآخر، أن يدعى اهمال البنك ليتخلى عن الصفقة. ومن ناحية أخرى قد يشترط البنك اعفاءه من هذه المسئولية (م٢١٧ مدنى) أو يحددها بحد أقصى معين.

وإذا استعان بنك العميل الآمر ببنك آخر فى تنفيذ العملية فإنه يسأل عن خطئه وخطأ البنك الثانى فى مواجهة العميل، اللهم إلا إذا كان العميل هو الذى اختاره نائباً عنه مباشرة.

ولكن لا يتحمل البنك أى التزام يتعلق بالبضاعة التى فتح الاعتماد بسببها (م٣٤٨/٢ تجارى).

٢٣٠-٣- العلاقة بين البنك والبائع المستفيد:

إذا كان الاعتماد المستندى غير قابل للإلغاء، فإنه ينشأ عن عاتق البنك التزام مستقل فى مواجهة المستفيد، بمجرد أن يصدر إليه خطاب الاعتماد. ويصبح هذا الالتزام نهائياً بعلم المستفيد به، ومجرد وصوله قرينة على العلم وفقاً للقواعد العامة.

وحق المستفيد فى مواجهة البنك مشروط بتقديم المستندات التى بينها البنك فى خطابه. وهو حق مستقل عن علاقة البيع بين العميل الآمر

وبين البائع المستفيد، كما أنه مستقل أيضاً عن علاقة فتح الاعتماد بين العميل الآمر والبنك.

أ - فهو أولاً حق مستقل تماماً عن علاقة البيع السابقة. وقد رأينا أن البنك يجهل شروط هذا البيع وظروفه ولا يعتد إلا بالمستندات التى يطلبها العميل والتى يذكرها فى خطابه إلى البائع المستفيد. فإذا حدث أن وجد البائع أن المستندات المطلوبة فى هذا الخطاب تخالف تلك التى اتفق عليها مع العميل المشترى، فليس له أن يرجع على البنك. وإنما يرفض الاعتماد ويرجع على المشترى بمقتضى علاقة البيع التى لا شأن للبنك بها. كذلك يظل التزام البنك قائماً ولو شاب عقد البيع بطلان نسبى أو مطلق أو فسخ. كما أنه لا يتأثر بسائر الدفوع التى يمكن أن تستند إلى عقد البيع سواء من جانب البائع أو من جانب المشترى. واستقلال التزام البنك عن علاقة البيع هو الذى يطمئن البائع الأجنبى إلى تأكد حصوله على الثمن على وجه يقينى لا يؤثر فيه ما قد يثيره المشترى بعد ذلك من أسباب النزاع.

ب- والتزام البنك فى مواجهة البائع المستفيد مستقل، كذلك، تماماً عن علاقة فتح الاعتماد بين البنك والعميل المشترى. فالبنك ملتزم بمقتضى الخطاب الذى أصدره للبائع. وليس له بعد ذلك أن يتعلل ببطلان عقد فتح الاعتماد أو فسخه أو انتهائه باعسار العميل أو افلاسه. وليس له كذلك أن يستند إلى أن العميل قد عدّل من تعليماته سواء فى قيمة الاعتماد أو فى بيان المستندات المطلوبة. فالتزام البنك على هذا الوجه بات لا رجوع فيه.

جـ- ولكن إذا فرض أن البنك أخطأ فقبل مستندات غير مطابقة، واضطر لذلك إلى أن يدفع تعويضاً إلى العميل الآمر الذى رجع عليه بدعوى المسئولية، فهل يستطيع البنك بدوره أن يرجع على البائع - الذى قدم مستندات غير مطابقة - مطالباً بالتعويض؟

اجازت بعض أحكام القضاء هذا الرجوع، على أساس أن البنك يحل محل المشترى فى حقوقه على البائع فيطالبه برد ما دفع. وقد انتقد بعض الفقهاء

هذه الأحكام، وقالوا بأنه لا يجوز للبنك الرجوع على البائع لأنه كان من واجبه أن يرفض المستندات إذا قدر أنها غير مطابقة، وأنه لا يقبل من البنك الادعاء بوقوعه بعد ذلك في غلط.

والواقع أننا نؤيد هذه الاحكام، وإن كنا لا نؤيد التعليل الذى استندت إليه. ذلك أن التزام البنك مشروط بتقديم المستندات التى عيّنها خطابه الصادر إلى البائع المستفيد. هذه المستندات هى سبب التزام البنك، فإذا لم يقدمها البائع أو قدم مستندات غير مطابقة، فإن استيفاء البائع مع ذلك لمبلغ الاعتماد لا يكون مستنداً إلى سبب صحيح. ولا يحول خطأ البنك فى قبوله المستندات غير المطابقة دون الرجوع على البائع برد ما دفع.

أما الاستناد إلى فكرة حلول البنك محل المشترى فواضح أنه تعليل غير سليم، إذ أن التزام البنك كما رأينا مستقل عن علاقة البيع السابقة.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للعملية

٢٣١- موطن الصعوبة: تفسير التزام البنك النهائي في مواجهة البائع المستفيد:

من الواضح أن تفسير التزام البنك فى مواجهة البائع هو موطن الصعوبة فى عملية فتح الاعتماد المستندى. فهذا الالتزام – كما رأينا – مستقل عن البيع وعن فتح الاعتماد السابقين عليه، ثم هو لا يستند إلى أى عقد أو اتفاق سابق بين البنك وبين البائع المستفيد.

لذلك تعددت النظريات التى تعرضت لتفسير هذا الالتزام تعدداً جاوز حد المعقول. فقد قيل بأنه كفالة، وقيل بأنه حوالة حق، وقيل بالاشتراط لمصلحة الغير، وبالانابة، وبأن خطاب الاعتماد سند مصرفى ذو طبيعة خاصة، وبأن البنك يكون فى مركز الوكيل بالعمولة الضامن، وبأن البنك يجمد مبلغاً معيناً لصالح البائع فيصبح حائزاً لحسابه وتحت تصرفه أياً كان مصير العملية، وقيل

كذلك العميل المشترى، فهو يطمئن إلى أن البنك لن يدفع الثمن للبائع إلا فى الوقت المناسب، وبعد التحقق من سلامة المستندات وموافقتها لتعليماته.

والواقع أن دور البنك على هذا الوجه يجعلنا نميل إلى القول بأن التزامه يصدر عن الارادة المنفردة. فهذا الرأى هو أقرب الآراء إلى الصحة، لولا أن الإرادة المنفردة، كمصدر قانونى من مصادر الالتزام، لازالت مصدراً ضيقاً يقتصر على حالة الوعد بالجائزة (م١٦٢ مدنى).

والمصدر البعيد، على أى حال، هو العرف التجارى.

المبحث الثاني

الائتمان الناشئ عن مجرد توقيع البنك

٢٣٣- تمهيد:

توقيع البنك له قيمته الائتمانية. فهو يستند إلى مركز البنك المالى وسمعته. لذلك يكفى فى كثير من الأحيان أن يستند العميل التاجر إلى هذا التوقيع دون أن يؤدى ذلك إلى خروج مبلغ نقدى من خزانة البنك إليه. فيقال أن البنك قد أقرض توقيعه للعميل.

واقراض التوقيع أقل خطورة بالنسبة للبنك من الاقراض المباشر للنقود. لذلك يتقاضى عنه البنك عادة عمولة أقل، وينتظر من عميله أن يقوم بالتزاماته فى الوقت المناسب أو أن يقدم له الرصيد الكافى، فلا يضطر البنك إلى الانفاق الفعلى من أمواله عند الرجوع إليه.

ولكن البنك قد يتعرض لخطر افلاس العميل، أو غيره من الأخطار التى قد تؤدى إلى تعذر الوفاء. لذلك تعمد البنوك إلى تقدير احتمالات الخسارة وتوزيعها، كما تعمد إلى ألا تتجاوز فى منح توقيعها نسبة معينة من رأس مالها. وتختلف هذه النسبة باختلاف ما إذا كان البنك متخصصاً فى عمليات الضمان، كبيوت القبول، أو غير متخصص.

وسوف نستعرض فيما يلي بإيجاز صورتين من أهم صور اقراض التوقيع، وهما القبول (الفرع الأول) والضمان (الفرع الثانى).

الفرع الأول

القبـــــول

٢٢٤- التعريف بعمية القبول المصرفي:

مضمون هذه العملية هو أن يقبل البنك كمبيالة يسحبها عليه العميل أو الطرف الآخر الذى يتعامل معه العميل. وبقبول البنك للكمبيالة، تكتسب قوة ائتمانية كبيرة تجعل من السهل تداولها أو خصمها لدى بنك آخر. فكأن البنك، دون أن يخرج نقوداً من خزانته، قد هيأ للعميل فرصة الحصول على المبالغ اللازمة له. كذلك يستطيع العميل أن يرسل هذه الكمبيالة إلى البائع فيطمئن إلى التعامل معه، إذ يلتزم البنك كأى مسحوب عليه قابل للورقة التجارية ويخضع لقانون الصرف.

والقبول عملية تقوم بها البنوك التجارية ضمن عملياتها الأخرى. ولكن هناك بيوت متخصصة فى القبول أهمها بيوت القبول فى لندن. ولم تنجح كثير من الدول الأخرى فى انشاء بنوك متخصصة تنازعها هذا الميدان الذى سيطرت عليه بيوت القبول الانجليزية منذ أمد بعيد بوسائل فنية وليدة خبرة طويلة، وسمعة متينة تبعث الثقة.

والواقع أنه إذا كانت عملية القبول معروفة منذ العصور الوسطى فى فينسيا وجنوه، فإنها لم تكتسب ذيوعها وشهرتها إلا فى لندن قرب نهاية القرن الثامن عشر. فقد كانت لندن فى ذلك الوقت عاصمة امبراطورية ضخمة قيل أنه لا تغرب عنها الشمس، وكان التجار الانجليز ذوى صلة وعلم وثيق بشتى أسواق العالم، وكان الجنيه الاسترلينى من أقوى العملات وأوسعها انتشاراً، فكان كبار التجار ذوو السمعة العالمية يقومون بعمليات القبول، فتحولوا إلى صيارفة.

المقبولة فى مصر بالنسبة لموارد البنوك المصرية أقل بكثير مما هى فى البنوك الأجنبية، وعلى الأخص البنوك الانجليزية والفرنسية والأمريكية.

الفرع الثاني

خطاب الضمان

٢٣٧- تنوع عمليات الضمان:

الضمان صورة أخرى من صور اقراض التوقيع. فهو لا يستتبع بالضرورة تسليم نقود إلى العميل أو إلى الغير. إلا أن هذه الصورة، كما هو واضح، ليست خاصة بالبنوك. ومضمونها العام أن يكفل البنك عميله فى مواجهة الغير بخطاب يرسله إليه أو بعقد مستقل، أو بأن يوقع كضامن احتياطى له فى ورقة تجارية، أو بأى طريقة أخرى تتناسب مع العملية التى يضمنها البنك، ويتقاضى عمولة فى مقابل هذا الضمان.

وعمليات الضمان تتعدد وتتنوع بشكل لا يسمح فى الواقع بدراستها معاً تحت ظل قاعدة عامة. وقد رأينا فعلاً فكرة الضمان فى كثير من عمليات البنك، ولكن العمل جرى على اطلاق الضمان بصفة خاصة على الحالات التى يكون فيها هذا الضمان مطلوباً من جهة ادارية بناء على نص قانونى أو لائحة ادارية. فيكفى هذا الضمان، فى نظر الادارة، بديلاً عن ايداع مبلغ نقدى كتأمين. ويكون ذلك عندما يقدم العميل على التعاقد مع جهة الادارة فى صفقة بيع أو توريد أو أشغال عامة، فيضمن البنك قيام العميل بالتزاماته كاملة. كذلك قد يقدم العميل البنك إلى مصلحة الضرائب ككفيل عند طلب تقسيط الضرائب المقررة عليه، أو عندما يكون هذا العميل أجنبياً يغادر البلاد بصفة نهائية.

وخطابات الضمان هى الأكثر انتشاراً فى العمل. ولقد حرص المشرع فى قانون التجارة الجديد على وضع القواعد العامة التى تحكمها، فأفرد لها الفرع التاسع من الباب الثالث من هذا القانون. وتسرى، فيما جاوز ذلك، القواعد

والعادات السائدة فى المعاملات الدولية الخاصة بخطاب الضمان (م٣٥٥/٢ تجارى).

٢٣٨- تعريف خطاب الضمان:

خطاب الضمان أحد صور الضمان المصرفى التى أنشأها العرف كبديل للتأمين النقدى: فأى عقد من عقود التوريد أو الأشغال العامة أو المقاولات أو غيرها من عقود المناقصات على مختلف صورها يتضمن شرطاً يقضى بضرورة ايداع تأمين نقدى لكفالة حسن تنفيذ العمل واتمامه. وبدلاً من تقديم النقود، وما يؤدى إليه ذلك من تجميد لها، يقدم المورد أو المقاول خطاباً صادراً من أحد البنوك يتعهد فيه هذا الأخير بدفع مبلغ لا يقل مقداره عن نسبة معينة من قيمة المقاولة ضماناً لحسن تنفيذها. ويعرف هذا الخطاب باسم «خطاب الضمان». فخطاب الضمان هو، إذاً، تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص، يسمى العميل الآمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر، يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال الفترة الزمنية المحددة فى الخطاب (م٣٥٥/١ تجارى).

وقد يطلب البنك من العميل، مقابل اصدار خطاب الضمان، بعض الضمانات التى تكفل له استرداد قيمة الخطاب فى حالة دفعها إلى المستفيد. وتسمى هذه الضمانات «غطاء خطاب الضمان». ولقد نص المشرع عليها فى المادة ٣٥٦ تجارى بقوله «يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل اصدار خطاب الضمان. ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد».

وقد يكون الغطاء كاملاً، أى بقيمة مساوية لقيمة خطاب الضمان. وقد يكون جزئياً، أى فى حدود نسبة معينة من قيمة خطاب الضمان يتفق عليها البنك مع العميل. وقد يصدر الخطاب بدون غطاء، أى على المكشوف، ولا يكون ذلك إلا إذا كان العميل يحظى بثقة كبيرة فى الأوساط التجارية وذا مركز مالى متين.

٢٣٩- أنواع خطاب الضمان:

ولخطاب الضمان أنواع عديدة: فهناك خطاب الضمان الابتدائي وخطاب الضمان النهائي. والأول خاص بالعطاءات التي تقدم للهيئات والمصالح الحكومية، وهو يمثل نسبة معينة من قيمة العطاء. أما الثاني فهو خاص بضمان حسن تنفيذ العقد عند ابرامه مع الجهة الحكومية. وهناك خطاب الضمان المصرفي، وهو الذي يصدر من بنك محلى لضمان خطاب صادر من بنك أجنبي. ومثال ذلك عندما تطلب وزارة النقل من الشركة الأجنبية المنفذة لمشروع مترو الأنفاق خطاب ضمان من بنك داخل جمهورية مصر. فتلجأ الشركة إلى البنك الذى تتعامل معه فى دولتها تستصدر منه خطاب ضمان باسمها لصالح بنك مصرى يتولى بدوره اصدار خطاب ضمان باسم الشركة الأجنبية لصالح وزارة النقل. وهناك خطاب ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد المستندى، وهو خطاب صادر من بنك البائع لمصلحة المشترى لضمان قيام الأول بتنفيذ كافة الشروط المتفق عليها والموضحة فى خطاب الاعتماد.

وخطاب الضمان شخصى للمستفيد. بمعنى أن البنك الذى يصدره يتعهد بالوفاء لشخص معين، هو المتعاقد مع عميل البنك الذى صدر الخطاب بناء على طلبه. ومن ثم لا يجوز للمستفيد التنازل عنه للغير، حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العقد الذى أبرمه مع العميل، إلا بموافقة البنك وبشرط أن يكون هذا الأخير مأذوناً من قبل الآمر بإعطاء هذه الموافقة (م٣٥٧ تجارى).

٢٤٠- آثار خطاب الضمان:

ولما كان خطاب الضمان هو تعهد من البنك أمام المستفيد الأجنبى عنه، تنفيذاً لطلب عميل البنك الذى تعاقد مع هذا المستفيد، فيترتب عليه أن تتجاور ثلاث علاقات جنباً إلى جنب، تستقل كل منها عن الأخرى فلا تتداخل ولا يتأثر بعضها بالبعض.

أ - علاقة العميل الآمر بالمستفيد: ويحكمها العقد المبرم بينهما. وقد يكون هذا

العقد توريداً أو مقاولة أو عقداً من عقود الأشغال العامة. ولا شأن للبنك بهذه العلاقة، فهو لا يضمن قيام عميله بتنفيذها ولا يراقب هذا التنفيذ، ولا يحل محله فيه.

ب- علاقة العميل الآمر بالبنك. وتخضع للشروط المبينة فى اتفاق اصدار الخطاب. وبمقتضاها يلتزم البنك باصدار خطاب الضمان، ويدفع قيمة مبلغ الخطاب عند طلبه من المستفيد، ويرد غطاء الخطاب إلى العميل إذا انتهت مدة خطاب الضمان دون أن يطلب المستفيد صرف قيمته (م٣٥٩/٢تجارى).

وفى المقابل يلتزم العميل بتقديم الغطاء المتفق عليه، ويدفع عمولة البنك وما تكبده من مصروفات نظير اصدار الخطاب، وكذلك برد قيمته والعائد المستحق عليها من تاريخ دفعها وذلك فى حالة ما إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه فى خطاب الضمان (م٣٦٠ تجارى).

جـ- علاقة البنك بالمستفيد: يلتزم البنك بموجب خطاب الضمان، وبمجرد اصداره ووصوله إلى المستفيد، بالوفاء بقيمته لهذا الأخير متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه[1]. ويستمر هذا الالتزام قائماً لا تبرأ ذمة البنك منه إلا إذا لم يصله خلال مدة سريان الخطاب طلب من المستفيد بالدفع ما لم يتفق صراحة على تجديد مدة الخطاب تلقائياً أو إذا وافق البنك على مدها (م٣٥٩/١تجارى)[2].

والتزام البنك قبل المستفيد التزام أصيل وبات لا يوقف تنفيذه أى معارضة (م٣٥٥/١تجارى). وهو لا يتأثر بأى سبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل أو علاقة العميل بالمستفيد (م٣٥٨تجارى). وعليه لا يجوز للبنك التمسك فى مواجهة المستفيد بعدم الوفاء لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعميل. كما لو لم

---

(١) نقض مدنى، ١٤ مايو ١٩٦٤، مجموعة النقض، س ١٥، ص ٦٩١، ٢٧ مايو ١٩٦٩، س ٢٠، ص ٨١١، ١٤ مارس ١٩٧٢، س ٢٣، ص ٤٠١، ١١ فبراير ١٩٨٠، س ٣١، ص ٥٤٧.

(٢) نقض مدنى، ٣١ ديسمبر ١٩٧٩، س ٣٠، ص ٤٢٦، ٢٢ ديسمبر ١٩٨٠، س ٣١، ص ٢٠٩٧.

يقدم العميل غطاء خطاب الضمان المتفق عليه لاصدار الخطاب مما دفع البنك إلى فسخ اتفاقه معه. فلا أثر لهذا الفسخ على حق المستفيد الذى يستمده مباشرة من خطاب الضمان وليس من الاتفاق الذى يربط العميل بالبنك. كما لا يجوز للبنك أن يتمسك بالدفوع التى للعميل قبل المستفيد. بل يظل التزام البنك بالدفع قائماً وصحيحاً، حتى ولو كان العقد المبرم بين العميل والمستفيد قد تعرض للابطال أو الفسخ أو الانتهاء(١).

ونظراً لأن التزام البنك أمام المستفيد التزام أصيل وبات، يختلف خطاب الضمان عن الكفالة: فالتزام الكفيل التزام تابع لالتزام المكفول، بحيث يجوز للكفيل أن يتمسك بكل الدفوع التى للمكفول فى مواجهة الدائن. أما فى خطاب الضمان، فالتزام البنك أمام المستفيد هو التزام أصيل قائم بذاته لا يتأثر بأى علاقة أخرى بين البنك والعميل أو بين هذا الأخير والمستفيد على ما سلف البيان.

---

(١) نقض مدنى، ٤ يناير ١٩٩٣، الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦١ ق، ١٧ يونيو ١٩٩٤، الطعن رقم ٣٠٤٧ لسنة ٦٣ ق.

الفصل الثالث

العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية والأوراق المالية

٢٤١- تمهيد وتقسيم:

لما كانت الأوراق التجارية من أدوات الائتمان، وكانت البنوك تضطلع بتوزيع هذا الائتمان، فإن العمليات التى تتم على هذه الأوراق من خصم وتحصيل لا تتم فى العمل الا بواسطه البنوك (المبحث الأول). كما أن البنوك تعتبر سوق الاصدار بالنسبة للأوراق المالية من اسهم وسندات عن طريق الوساطة فى عملية الاكتتاب فى هذه الأوراق. كما تقوم بدور هام فى حفظ هذه الأوراق بقبولها كوديعة لديها أو فى الخزائن الحديدية، وفى العمليات التى قد تكون هذه الصكوك محلا لها.

ولتفصيل ذلك سنوزع هذا الفصل على النحو التالى:

المبحث الأول: العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية.

المبحث الثانى: العمليات المتعلقة بالأوراق المالية.

المبحث الأول
العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية

٢٤٢- تمهيد:

دور الأوراق التجارية عامة، والكمبيالة خاصة، شديد الأهمية فى أغلب العمليات المصرفية. وقد رأينا هذا الدور واضحاً فى الاعتماد المستندى وفى الائتمان الناشئ عن توقيع البنك. ولا شئ يحول دون استعمال الكمبيالة فى غير ذلك من العمليات التجارية التى يقوم بها البنك مع عملائه. ذلك أن الأوراق التجارية، فى نظامها القانونى الخاص، قد هيئت للائتمان التجارى، ولأن يكون الدين الثابت بها قابلاً للحركة السريعة من دائن إلى دائن دون أن تضعف قيمته. بل إن قيمته الائتمانية تزداد كلما انتقلت الورقة فتلقفت توقيعاً جديداً. ثم إن ثلاثية أطراف الكمبيالة – من ساحب ومسحوب عليه ومستفيد – وتعدد علاقات المديونية التى بين هؤلاء الأطراف، كل ذلك يسمح بأن تتنوع صور الائتمان، التى توفرها الكمبيالة، تنوعاً يتلاءم وتنوع عمليات الائتمان المصرفية، ويشجع على استخدام الكمبيالة كوسيلة فنية لتحقيق الكثير منها. ويستفيد البنك من المزايا التى يضمنها قانون الصرف للدين الثابت فى الكمبيالة، كحتمية ميعاد الاستحقاق، وتجارية الدين، وتضامن الموقعين، وأخيراً استطاعة البنك أن يخصم الكمبيالة فيتلقى قيمتها قبل حلول الأجل.

وقد ينشئ البنك بنفسه الكمبيالة فى معاملاته مع عملائه. ويسمونها الكمبيالة المالية – Traite financier – تمييزاً لها عن الكمبيالات العادية التى ينشئها التجار. فإذا أقرض عميله مبلغاً من النقود فإنه يسحب على هذا العميل كمبيالة فيقبلها العميل. وإذا أراد البنك أن يقوم طرف ثالث بكفالة العميل فى هذا الدين، فإنه يستطيع – عن طريق الكمبيالة – أن يدخل هذا الغير دون أن يظهر بمظهر المتشكك فى ملاءة عميله، مما قد يضر بهذا العميل. وصورة

ذلك أن يسحب العميل الكمبيالة على الغير الكفيل لصالح البنك أو أن يسحب الغير الكفيل الكمبيالة على العميل لصالح البنك، وتكون النتيجة أن يلتزم الاثنان في مواجهته باعتباره المستفيد في الورقة. فإذا شاء البنك أن يستوفى دينه قبل ميعاد الاستحقاق، فإنه يستطيع أن يخصم هذه الكمبيالة في بنك آخر أو فى البنك المركزى.

وسوف نقتصر هنا على دراسة صورتين من صور العمليات التى تنصب مباشرة على الأوراق التجارية، وهما عملية الخصم (الفرع الأول)، وعملية التحصيل (الفرع الثانى).

الفرع الأول

عمليات الخصم

٢٤٣- التعريف بعملية الخصم:

الخصم اتفاق يتعهد بمقتضاه البنك بأن يدفع قيمة صك قابل للتداول، قبل ميعاد استحقاقه، إلى المستفيد مقابل قيام هذا الأخير بنقل ملكية الصك إلى البنك مع التزامه برد قيمته الاسمية إذا لم يدفعها المدين الأصلى، ويخصم البنك مما يدفعه للمستفيد من عملية الخصم نسبة من مبلغ الصك فضلاً عن العمولة إن كانت مشروطة (م ٣٥٢ تجارى).

فمضمون هذه العملية هى أن يقوم العغميل بتظهير ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد تظهيراً ناقلاً للملكية، فى مقابل أن يعطيه البنك قيمتها بعد أن يخصم منها الأجر الذى يستحقه عن العملية. وهذا الأجر يتكن من عناصر ثلاثة: الأول مقدار الفوائد المستحقة عن قيمة الورقة التجارية فى الفترة من ميعاد عملية الخصم وميعاد الاستحقاق وتسمى هذه الفائدة بسعر الخصم. ويتراوح بين الهبوط والصعود تبعاً للظروف الاقتصادية المختلفة. ولا يجوز – على أى حال – أن يتجاوز سعر الخصم الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية (٧٪م ٢٢٧ مدنى). والعنصر

الثاني هو العمولة التي يتقاضاها عن العملية ويقدرها حسب قيمة الكمبيالة المخصومة، والأجل الباقي حتى ميعاد الاستحقاق، وقدر المخاطرة التي يتعرض لها البنك(1). أما العنصر الثالث فهو مصاريف التحصيل، وتختلف باختلاف مكان الوفاء أو مكان المسحوب عليه. وقد أشارت المادة ٣٥٢ تجارى إلى ذلك بقولها «تحسب النسبة على أساس المدة من تاريخ الخصم حتى تاريخ استحقاق الصك أو على أساس مدة أكثر من ذلك بالنسبة إلى عمليات الرهن وغيرها من العمليات التي تتضمن تعهد المستفيد برد ما قبضه قبل حلول أجل الصك».

ولا شك في مزايا عملية الخصم بالنسبة للعملاء من التجار: فمن الواضح أن امكان خصم الورقة التجارية في البنك والحصول على مبلغ نقدى فورى يزيد من درجة سيولة الأوراق التجارية ويسهل التعامل بها. وهي عملية مجزية للبنك إذا توفرت في الورقة الثقة الكافية(2)، إذ أنها تكون عادة لأجل قصير. ثم إن البنك يستطيع، إذا احتاج إلى نقود قبل ميعاد استحقاقها، أن يعيد خصم الورقة التجارية في بنك آخر أو في البنك المركزى – وأخيراً فإن البنك يتمتع بكل حقوق الحامل الأخير للكمبيالة في مواجهة سائر الموقعين عليها وفقاً لقواعد قانون الصرف.

ويلتزم البنك بوضع قيمة الورقة التجارية المخصومة فوراً تحت تصرف العميل، لأن ذلك هو ما يتفق مع الغرض الأساسي من عملية الخصم وهو سد حاجة العميل الملحة للنقود دون انتظار حلول أجل الورقة التجارية. ومن

---

(1) وقد تخفى الزيادة في هذه العمولة، أحياناً، تحايلاً على الفائدة الاتفاقية إذا كان البنك يعتبر أن حدها الأقصى غير كاف في ظروف عملية الخصم.

(2) تتطلب البنوك عادة شروطاً معينة في الورقة حتى تقبل خصمها. كأن تكون مقبولة من المسحوب عليه، وكأن يكون أجلها لا يتجاوز مدة معينة، وكأن تحمل توقيعين على الأقل أو ثلاثة، وكأن يكون مكان الوفاء هو أحد فروع البنك. وقد تستمهل البنوك العميل زمناً قبل أن تصدر قرارها بقبول الخصم التجارى تتحرى فيه عن الموقعين عليها ... الخ.

مصلحة البنك، إذا ما فتح لديه حساب جار للعميل، أن يقوم بقيد مبلغ الورقة المخصومة فى هذا الحساب حتى يستطيع، إذا لم يحصل على قيمتها من المدين الأصلى فى موعد الاستحقاق، أن يقوم بإجراء القيد العكسى لها فى الحساب فيتجنب بذلك ما قد يتعرض له بسبب افلاس العميل.

ويلتزم العميل بنقل ملكية الورقة التجارية إلى البنك، وسبيله فى ذلك هو التظهير الناقل للملكية. كما يلتزم برد قيمتها الاسمية إلى البنك فى حالة عدم وفائها من المدين الأصلى فى ميعاد الاستحقاق (م ٣٥٣ تجارى).

وللبنك فى سبيل الحصول على قيمة الورقة التجارية دعويان[1]: دعوى الصرف الناشئة عن الصك الذى قام بخصمه. ويرجع بها على كل الملتزمين فى الورقة ومن بينهم العميل المستفيد من عملية الخصم (م ٣٥٤/١ تجارى). والدعوى المستندة إلى اتفاق الخصم، وهى دعوى غير صرفية، يسترد بمقتضاها المبالغ التى دفعها دون استنزال ما خصمه من نسبة وما قبضه من عمولة. ويكون للبنك استعمال هذه الدعوى فى حدود الصكوك غير المدفوعة أياً كان سبب الامتناع عن دفعها (م٣٥٤/٢ تجارى). كما لو أهمل مثلاً فى مطالبة المدين الأصلى فى ميعاد الاستحقاق أو لم يقم بعمل الاحتجاج فى المواعيد المقررة قانوناً، ففى هذه الحالة يستطيع اللجوء إلى الدعوى الثانية نظراً لسقوط حقه فى دعوى الصرف بسبب الاهمال.

٢٤٤- الطبيعة القانونية للخصم:

هناك خلاف، فيما يتعلق بطبيعة الخصم، بين نظريتين أساسيتين: الأولى ترى أن هذه العملية تعتبر قرضاً بضمان الورقة التجارية. فالعميل لا يلجأ إلى خصم الورقة التجارية فى البنك إلا لحاجته إلى النقود، فهى فى جوهرها عملية من عمليات الائتمان. ولكن لا شك فى خطأ هذا الرأى، لأن من المقطوع به أن

---

(١) نقض مدنى، ٩ فبراير ١٩٧٦، الطعن ٢٨٨ لسنة ٤٠ق.

عملية الخصم تؤدى إلى نقل ملكية الورقة التجارية إلى البنك، وأن التظهير الذى تتم به تظهير ناقل للملكية.

والنظرية الثانية ترى أن هذه عملية بيع من العميل لحقه في الورقة التجارية، أو هي حوالة الحق في مقابل الوفاء قبل الأجل. ويعيب هذا ا لرأى أنه لا تنطبق علي عملية الخصم قواعد البيع ولا قواعد حوالة الحق.

ويرى آخرون أن هذه العملية ذات طبيعة خاصة.

والحقيقة أن هذه العملية لا تخرج عن أن تكون تظهيرا ناقلا للملكية تحكم شروطه وآثاره قواعد قانون الصرف. ولا حاجة بنا، لبيان طبيعة عملية الخصم، إلى البحث عن سبب هذا التظهير، وهل هو قرض أو حوالة حق، لأنه يكفى أن يكون هذا السبب موجوداً ومشروعاً، وأن تكون بيانات التظهير الناقل للملكية قد استوفيت.

والواقع أن أنصار الرأى القائل بأن العملية قرض أرادوا من ذلك أن يصلوا إلى إخضاع سعر الخصم للحد الأقصى القانونى للفائدة الاتفاقية. وإنما يلاحظ أن الهدف يمكن الوصول إليه دون حاجة إلى الالتجاء إلى فكرة القرض. ذلك أن المقابل الذى يتقاضاه لبنك يتضمن - كما رأينا - عناصر ثلاثة، منها سعر الخصم الذى هو مقابل الأجل أو ثمنه. ومقابل الأجل - أياً كانت طبيعة العقد - يجب ألا يتجاوز الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية. ويكشف القضاء أى تحايل على اخفاء فوائد ربوية حتى فى الحالات التى يعتبر فيها أن الخصم حوالة حق.

وفيما عدا ذلك لا يوجد أى لبس فى انطباق سائر قواعد قانون الصرف، وعلى الأخص بالنسبة لرجوع البنك على العميل عند عدم الوفاء فى الميعاد فهو رجوع صرفى يتم وفقاً لقواعد الكمبيالة، وليس رجوع المقرض على المقترض ولا رجوع المحال له على المحيل.

الفرع الثاني

تحصيل الأوراق التجارية

٢٤٥- مضمون العملية:

الأوراق التجارية أداة عادية للائتمان بين التجار. ويجد كل تاجر نفسه مستفيداً أو حاملاً لعدد من الأوراق التجارية يتعين عليه أن يقوم باستيفائها فى مواعيد استحقاقها وأن يتخذ الاجراءات المحددة وإلا تعرض لحالات السقوط التى تهدد الحامل المهمل وفقاً لقواعد قانون الصرف. وذلك يقتضى تخصيص جانب من جهده وعدد من عماله لعمليات تحصيل الأوراق التجارية. ومن ثم يفضل التجار أن يعهدوا بهذه المهمة إلى البنك الذى يتعاملون معه، فيتجمع فى محفظة البنك جانب كبير من الأوراق التجارية الموجودة فى السوق، ويتولى تحصيل قيمتها لأصحابها عند حلول مواعيد الاستحقاق.

وتقتضى العملية أن يظهر العميل الورقة التجارية للبنك تظهيراً توكيلياً للتحصيل، فيظل العميل مالكاً لها . وتبدو أهمية ذلك إذا أفلس البنك ، إذ يستطيع العميل أن يسترد الورقة التجارية من التفليسة .

ويلتزم البنك بالتحصيل فى الميعاد سواء بنفسه أو بغيره. وإذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء وجب على البنك اثبات هذا الامتناع فى إحتجاج عدم الدفع تمهيداً للرجوع الصرفى. والبنك مسئول عن كل اهمال فى المحافظة على حقوق العميل الحامل(١).

وكثيراً ما يعمد محرروا الأوراق التجارية، تسهيلاً لدور البنك أو بناء على طلبه، أن يجعلوا منه محلاً مختاراً للوفاء. وإذا كان للمسحوب عليه حساب فى بنك معين، فإنه يعين هذا البنك عادة محلاً مختاراً، فيتخلص من أخطار

---

(١) وقد يشترط البنك اعفاءه من المسئولية . هذا الاعفاء خاص بالعلاقة بين العميل والبنك فلا يسرى على بقية المظهرين .

الرجوع عليه إذ تقوم البنك عنه بالوفاء مباشرة ويقيد المبلغ المدفوع فى الحساب. فإذا كان الحامل قد قام بتوكيل أى بنك آخر بالتحصيل فإن العملية تتم وتسوى بين البنكين عن طريق المقاصة.

ويتقاضى البنك عمولة عن عملية التحصيل تختلف باختلاف أهمية الكمبيالة ومحل الوفاء. ويشترط البنك كذلك أجلاً معيناً – قصيراً – بعد ميعاد الاستحقاق ليضع قيمة الكمبيالة تحت تصرف العميل.

المبحث الثاني
العمليات الواردة علي الأوراق المالية

٢٤٦- تمهيد:

تقوم البنوك بدور هام فى مجال الأوراق المالية، كالوساطه فى الاكتتاب فيها، والاقراض بضمانها، وحفظها كوديعة لديها أو فى حزائنها الحديدية.

وسنقتصر على دراسة وديعه الأوراق المالية وايجار الخزائن الحديدية كل فى فرع مستقل.

الفرع الأول
ايداع الصكوك في البنوك

٢٤٧- تمهيد:

وديعة الصكوك وديعة عادية Dépôt régulier، بمعنى أن البنك يلتزم بحفظ هذه الصكوك ذاتها، وبأن يردها عيناً. وهى فى ذلك تشبه الوديعة المدنيه العادية. ولكنها تختلف عنها فى أنها معاوضة إذا يتقاضى البنك عنها دائماً أجراً يتفق عليه، بينما الأصل فى الوديعة المدنية أنها تبرعية (م٧٢٤مدنى) ما لم يتفق صراحة على أجر. كذلك يتميز عقد وديعة الصكوك فى البنك بأنه يستتبع عمليات ثانوية متعددة يقوم بها البنك وكيلاً عن عميله المودع.

وسوف نتكلم تباعاً عن تكوين العقد واثباته، ثم عن آثاره، ونتناول بالبحث طبيعته القانونية.

المطلب الأول

تكوين العقد واثباته

٢٤٨- تكوين العقد:

يتم العقد بالاتفاق بين البنك والعميل، وهو عقد رضائي لا يستلزم لابرامه شكلاً معيناً، بل إنه لا يقتضي في أغلب الأمر نقاشاً طويلاً بين البنك والعميل. إذ يقوم العميل بتسليم الصكوك المطلوب ايداعها إلى البنك ويتسلم الايصال، دون أن يعنى العميل ببحث الشروط التي يستقل البنك بتنظيها. إلا أنه لا يمكن أن نستنتج من ذلك أن هذا العقد عقد اذعان، إذ أن استقلال البنك بوضع الشروط ليس إلا مظهراً من مظاهر الاسراع في اتمام العقد، ولا يتضمن ا لعقد معنى الاذهان حيث لا يعد العميل طرفاً ضعيفاً تضطره الحاجة إلى ايداع الصكوك في البنك أياً كانت الشروط. بل إنه كثيراً ما يحدث أن يحاول البنك اغراء العميل على التعاقد بعرض ما يقدمه من مزايا وخدمات، ويتقاضى أجرة ضئيلة عنها. ويهدف البنك من ذلك إلى تأكيد صلته بعملائه فيعهدون إليه بعملياتهم الأخرى. هذا إلى أن احتفاظ البنك بمحفظة عميله المالية "Portefeuille de valeurs mobilières" عنصر هام من عناصر العلم بالحالة المالية لهذا العميل، وضمان للبنك إذا أقدم على ائتمانه في عمليات أخرى.

إلا أن الاذعان قد يأتي من جانب المشرع نفسه، عندما يفرض على العميل ايداع صكوكه المالية في أحد البنوك، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام الذي تفرضه المادة ٥/٩١ من القانون رقم ١٥٩ سنة ١٩٨١٠على عضو مجلس الادارة بأن يقوم بايداع أسهم الضمان، خلال شهر من تاريخ تعيينه، في أحد البنوك المعتمدة من وزير الاقتصاد لهذا الغرض، وإلا بطلت عضويته.

والوديعة من أعمال الحفظ، ولكن وديعة البنك مأجورة دائماً. لذلك يجب أن يكون المودع كامل الأهلية إذ أنه يلتزم بدفع الأجرة، كما يجب أن يكون له حق ابرام التصرفات التى يكلف بها البنك بشأن الصكوك المودعة.

ولابد أن تتوفر شروط صحة الرضاء. وقد يكون الرضاء واضحاً صريحاً. ولكن هناك حالات كثيرة يستخلص فيها رضاء الطرفين ضمناً. وذلك عندما تدخل الصكوك حيازة البنك بناء على عمليات أخرى – كما إذا كان العميل قد كلف البنك بشرائها لحسابه، أو إذا كان قد سلمها له لبيعها، أو لضمان عملية انتهت، إذ يكفى لقيام عقد الوديعة أن يعبر العميل عن تغير نيته إلى نية الايداع، كأن يعدل عن البيع، أو لا يقدم على سحب الصكوك المشتراة لحسابه. بل قد يكون حفظ الصكوك فى بعض الحالات مؤقتاً De passage، فلا يتقاضى البنك عنه أجراً خاصاً، ولا تنعقد فيها مسئوليته بشكل محدد.

٣٤٩- إثبات العقد:

يحرر البنك، عند استلامه الصكوك، قائمة ببيانها Bordereau، او يحررها العميل ويراجعها قسم الأوراق المالية بالبنك، ثم يسلم العميل ايصالاً Récépissé (وقد يسلمه ايصالاً مؤقتاً قبل أن يسلمه فيما بعد الايصال النهائى). ويتضمن هذا الايصال بيانات الصكوك المودعة وأهم شروط العقد، ويوقع عليه من له سلطة الزام البنك كأحد المديرين. ويحتفظ العميل بهذا الايصال حتى يتم سحب الصكوك جميعها من البنك.

ولهذا الايصال قيمته فى الإثبات(١) فى مواجهة البنك، ولن كذلك قيمة فى

---

(١) كثيراً ما يفقد الايصال قيمته هذه بعد مدة معينة من الزمن، إذا تغيرت البيانات التى يتضمنها على أثر عمليات أخرى تتعلق بهذه الصكوك، كسحب جزئى أو اضافة أو بيع أو شراء أو استبدال. ويحرص البنك عادة على الحصول من عميله على ايصالات خاصة بهذه العمليات الجزئية. ولكن العميل قد لا يحرص على أن يجرى التعديلات اللازمة فى الايصال الذى يحتفظ به، إلا أنه لايضار من ذلك، فهو يستطيع الإثبات فى مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات طبقاً للقاعدة العامة فى الإثبات التجارى، كما أنه يستطيع، للعلم والبيان، أن يطلب من أمين الودائع فى البنك Conservateur des titres قائمة بالحالة الأخيرة لهذه الصكوك فى تاريخ معين. وليس لهذه القائمة قيمة فى الإثبات، لأن أمين الودائع لا سلطة له فى الزام البنك، لذلك لا يتلزم العميل بردها للبنك عند استلام الصكوك.

إثبات وجود الصكوك نفسها وملكية العميل لها في مواجهة الآخرين. فمن المقرر أ ن ايصال الايداع فى البنك يعطى للعميل حق حضور اجتماعات الجمعية العمومية للشركة التى أصدرت هذه الصكوك. كما أن الايصال قد يستدل به على نية خاصة فى تصرف معين. فإذا أوصى المورث مثلاً بصكوكه الموجودة فى مكتب له لشخص معين، فإن وجود ايصال الايداع فى هذا المكتب بين بقية الصكوك قد يفسر على أن الورث قد قصد أن تشمل الوصية الصكوك الموجودة فى البنك أيضاً.

إلا أن هذا الايصال لا يمكن أن يمثل الصكوك المودعة تمثيلاً كاملاً يسمح بتداولها ورهنها بتداول الايصال ورهنه، على النحو الذى رأيناه فى ايداع البضائع فى المستودعات العامة أو فى وثيقة النقل. ذلك أولاً لأن الايصال لا يدل دلالة قاطعة على وجود هذه الصكوك فعلاً فى البنك. ثانياً لأن البنك لا يقوم بتسليم الصكوك لكل من يتقدم له بالايصال، وإنما يتحقق من شخصية عميله المودع ويكون هذا التحقق هو الأساس الأول فى عملية التسليم. ثم إن العمل لم يجر على أن يتضمن هذا الايصال شرطاً كشرط الإذن يسمح بالتداول عن طريق التظهير. على العكس، قد يكون الايداع وسيلة لتحويل الصكوك الاذنية أو للحامل إلى صكوك اسمية طيلة فترة الايداع، إذ يحتفظ بها البنك للشخص المعين الذى أودعها دون غيره، فلا تتداول حينئذ لا بالمناولة ولا بالتظهير.

المطلب الثاني

آثار العقد

٢٥٠- التزامات البنك: الالتزام بالحفظ:

وديعة الصكوك وديعة كاملة، فيلتزم البنك بأن يردها عيناً كما تقضى القواعد العامة. ولا يجوز له أن يتصرف فيها أو يرد غيرها ولو كانت تماثلها قيمة. ويلتزم بألا يستعمل الحقوق الناشئة عن الصكوك المودعة لديه، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٣١٠ تجارى)، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة(١).

ويلتزم البنك بالمحافظة على الصكوك المودعة، وبأن يبذل فى سبيل ذلك عناية المودع لديه بأجر، أى عناية الرجل المعتاد، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك (م٣١١/١ تجارى). وهذا الحكم لا يعدو أن يكون ترديداً للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢/٧٢٠ من القانون المدنى التى تنص عى أنه «إذا كانت الوديعة بأجر فيجب-أن يبذل (أى المودع لديه) فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد».

وإذا هلكت الصكوك تترتب مسئولية البنك إلا إذا استطاع إثبات أن هذا الهلاك كان بسبب القوة القاهرة التى لا يمكن دفعها ولا توقعها وليس له دخل فى حدوثها. ولا يجوز له أن يحتج بالقوة القاهرة إذا كان العميل المودع قد سبق له انذاره بردها قبل حدوث القوة القاهرة فتأخر البنك فى ردها إلى أن هلكت(٢).

---

(١) فلا يجوز له مثلاً أن يرهن هذه الصكوك ضماناً لدين يعقده البنك أو يستفيد من حيازتها لحضور الجميع العمومية للشركات التى أصدرتها.

(٢) ولكن لا تترتب مسئولية البنك إذا تدهورت قيمة الصكوك على أثر انخفاض أسعارها فجأة، إذ أن التزام البنك بالحفظ ينصب، بطبيعة الحال، على الأشياء المودعة، ذاتها لا على قيمتها. إلا أن البنك قد يسأل عن هذا التدهور إذا كان راجعاً إلى إهماله فى القيام بأحد التزاماته التبعية التى سنتكلم عنها بعد قليل.

والأصل أن يقوم المودع لديه بتنفيذ هذا الالتزام بنفسه، أ يحل غيره محله في تنفيذه دون اذن صريح من المودع (م٧٢١مدنى). ومع ذلك، فله أن يتخلي عن حيازة هذه الصكوك، وبالتالى عن حفظها، إذا وجد سبب يستلزم ذلك (م٢/٣١١تجارى).

٢٥٠- ١- الالتزام بالرد:

وتمشياً مع القواعد العامة فى القانون المدنى الخاصة بعقد الوديعة، الزم المشرع التجارى البنك بأن يرد الصكوك المودعة بمجرد أن يطلب منه المودع ذلك مع مراعاة الوقت الذى يتقتضيه اعداد لصكوك للرد. ويتم الرد فى المكان الذى تم فيه الايداع، أى فى البنك، ويلتزم هذا الأخير برد الصكوك بذاتها ما لم يتفق أو يقضى القانون برد صكوك من جنسها أو صكوك أخرى (م١/٣١٤و٢تجارى).

ويكون الرد لمودع الصك، أى العميل، أو لخلفائه أو لمن يعينه هؤلاء الأشخاص ولو تضمن ما يفيد ملكيته للغير (م١/٣١٥تجارى). ويتعين على البنك، بطبيعة الحال، أن يتحقق من شخصية طالب الاسترداد ومن أهليته، وأنه هو العميل أو خلفاؤه أو وكيله أو نائبه القانونى(١). وعليه أن يبذل فى هذا التحقق من العناية ما يتناسب مع تخصصه ووسائله. فعليه أن يكتشف تزوير الامضاء مثلاً اللهم إلا إذا كان التزوير قد بلغ حداً من الاتقان يصعب معه عى الخبير العادى تمييزه. ويتشدد القضاء عادة فى اقتضاء حرص البنك عند رد الصكوك.

وإذا أد عى شخص استحقاق الصك المودع، وجب على البنك اخطار العميل مباشرة والامتناع عن رد الصك إليه حتى ينتهى النزاع بشأنه رضاء أو

---

(١) ولا يغنى عن طالب الرد شيئاً أنه يحمل الايصال إذا لم يكن هو العميل المودع أو نائبه . وعلى العكس، يستطيع العميل المودع أن يطلب الرد ولو لم يكن الايصال معه ، وإنما قد يشترط البنك فى هذه الحالة مخالصة مسجلة Acte notarié de décharge .

قضاء. وعلى مدى الاستحقاق اقامة دعواه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الادعاء، وإلا اعتبر الادعاء كأن لم يكن (م١/٣١٥ تجارى).

٢٥٠- ٣- الالتزامات التبعية Les obligations accessoires:

لا يقتصر هدف العميل من ايداع الصكوك فى البنك على مجرد المحافظة عليها فى مكان أمين، وإنما يهدف إلى أن يكل إلى البنك القيام ببعض العمليات التى تستلزمها إدارة هذه القيم المنقولة، والتى تستلزم الحرص فى مراعاة المواعيد. ففيما يتعلق بالأسم مثلاً يقوم البنك بتحصيل الكوبونات، ويتحقق من حة القرعة عند الاستهلاك، ويقوم بتنبيه المودع إلى حقوقه فى القيام عمليات التى تخولها له ملكية السهم وعلى الأخص حقه فى الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة، ويخطره بمواعيد اجتماع الجمعية العمومية للشركات المختلفة التى أصدرت الصكوك المودعة، وينفذ، فوق هذا وذاك، التعليمات والأوامر التى يصدرها إليه عميله من بيع أو شراء أو تحويل أو تجميع لهذه الصكوك.

والفرض أن هذه الالتزامات كلها تعد تابعة ومكملة للالتزام «بالحفظ». إلا أنه لا يخفى أنها ترتب مسئولية كبيرة على عاتق البنك(١)، وأنها ذات أهمية بالنسبة للعميل.

وقد أشار قانون التجارة الجديد الى بعض هذه الالتزامات. فالزم البنك بقبض عائد الصك أو ارباحه وقيمته إذا استحق أو استهلك وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك ما لم يتفق على غير ذلك، وعليه أن يقيد هذه المبالغ فى حساب المودع، وعليه أن يقوم بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك التى يتقرر منحها له دون مقابل، كتقديمه للاستبدال أو لوضع

---

(١) قد تعمد بعض البنوك إلى وضع شرط الاعفاء من المسئولية عن بعض الحوادث الهامة التى قد لا تصل إلى علمها فى الوقت المناسب. وتسرى القواعد العامة على مثل هذا الشرط (م٢١٧ مدنى).

الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه (م٣١٢ تجارى)، كذلك على البنك أن يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالصك ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره. فإذا لم تصل تعليمات المودع فى الوقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف فى الحق بما يعود بالنفع على المودع، ويتحمل المودع المصاريف فضلاً عن العمولة العادية (م ٣١٣ تجارى).

٢٥١- حقوق البنك:

للبنك حق فى الحصول على أجره عن الحفظ، فضلاً عما قد يستحقه من أجور نظير العمليات الأخرى التى قد يكلفه العميل بها، وإذا كان للعميل حساب نقدى فى ذات البنك - وهو النوع الغالب - فإن البنك يعمد إلى إدراج هذه الأجور والمصروفات المختلفة فى الحساب فيتقاضاها بهذه الطريقة.

وللبنك وفقاً للمبادئ العامة حق حبس الصكوك المودعة ضماناً لاستيفاء ما له من أجر ومصاريف خاصة بهذه الصكوك (مادة ٢٤٦ مدنى).

٢٥٢- التزامات العميل وحقوقه:

يلتزم العميل بأداء الأجر المتفق عليه، أما عن حقوقه فله إسترداد الصكوك فى أى وقت يشاء، ما لم يتفق على أجل معين فى العقد، وله للمطالبة بحقوقه دعويان: دعوى شخصية ناشئة عن عقد الوديعة، ودعوى إسترداد باعتباره مالكاً للصكوك. ولكل من الدعويين مزاياها: فيلجأ العميل إلى دعوى الاسترداد بصفة خاصة فى حالة إفلاس البنك، فيتمكن من إستردادها ذاتها من التفليسة، إلا أنه يجب عليه حينئذ أن يقوم بتعيين هذه الصكوك تعييناً كافياً لتحديدها.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للعقد

٢٥٢- عملية ايداع الصكوك عملية مركبة:

تثير الطبيعة القانونية لوديعة الصكوك صعبة لا ريب اننا عرفنا الآن مصدرها، إذ رأينا أنها تتضمن التزامات تبعية على عاتق البنك إلى جانب التزامه الاساسي بالحفظ. هذه لالتزامات التبعية قد تحتل، وفي بعض الحالات، مكاناً رئيسياً من التزامات البنك ومن غايات العقد.

ومهما يكن من أمر النقاش الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد، فإنه لا مناص من القول بأن وديعة الصكوك ليست عملية بسيطة، وإنما هي عملية مركبة: فهي مزيج من عقدين مختلفين هما عقد الوديعة، وعقد الوكالة الصريحة أو الضمنية. هذا المزيج يتم بنسب متفاوتة حسبما يتراءى للمتعاقدين. وحرية التعاقد هي الأساس الذي يستند إليه المتعاقدان في القيام بهذا المزج. ويسترشد القاضي، في تحديد التزامات ومسئولية كل من المتعاقدين، بمقدار ما تتضمنه العملية من الوديعة ومن الوكالة.

والواقع أنه مما يجعل هذا المزج بين العقدين في عملية وديعة الصكوك أمراً مقبولاً لا يأباه الذوق القانوني السليم، أن طبيعتهما متجانسة وأن قواعدهما غير متنافرة. بل إن هذه القواعد تتدرج في تفاوت مرن بحيث يدق معيار التفرقة بينهما في بعض الأحيان. فنحن نعرف مثلاً أن المودع لديه قد ينفق في سبيل حفظ وصيانة الشئ المودع بعض المصروفات، فيلتزم المودع بأن يرد إليه ما أنفقه (م٧٢٥مدني). ومن ناحية أخرى نرى أن الوكيل يلتزم بحفظ الأشياء التي تدخل في حيازته لحساب الموكل بمناسبة عقد الوكالة. فكأن عمل كل من الوكيل والمودع لديه يتضمن بعضاً من عمل الآخر.

هذا التدرج نجده واضحاً في نطاق عمليات البنك. فهناك، إلى جانب عقد وديعة الصكوك، عقد آخر تتغلب فيه غاية الوكالة وأهدافها بحيث يصبح

«الحفظ» هدفاً تابعاً للعمليات المتعلقة بإدارة الصكوك والتى هى أساس العقد. ويسمى هذا العقد عقد إدارة الصكوك "La gestion de portefeuille"، ويسمح للبنك باتخاذ كافة التصرفات التى يراها مناسبة فى إدارة الصكوك دون استئذان العميل أو الرجوع إليه، ويباشر حقوق العميل ويؤدى التزاماته باعتباره وكيلاً عنه.

ومهمة القاضى هى حينئذ دراسة العقد لمعرفة هدفه الأساسى: هل هو الحفظ أو الادارة، حتى يغلب، بناء على هذه الدراسة، قواعد الوديعة أو قواعد الوكالة.

ولكن الأمر لا يقتصر على «النطاق الداخلى» فى هذه العملية المركبة، إذ كثيراً ما تتداخل هذه العملية ضمن عمليات أخرى لذات العميل بحيث يصعب تحديد «نطاقها الخارجى» أيضاً. هذه العمليات المختلفة تدخل عادة فى نطاق الحساب Compte بين البنك والعميل، وهو يتضمن أموالاً سائلة ويستلزم عمليات ثانوية أخرى كتحصيل أوراق تجارية أو سحب شيكات.... إلخ وتكون كل هذه العمليات متصلة عن طريق الارتباط بالحساب الذى بين البنك والعميل.

الفرع الثاني

تأجير الخزائن

٢٥٤- ماهيته:

تعرف المادة ٣١٦ تجارى تأجير الخزائن بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل أجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة.

وهذا العقد يحتفظ باستقلاله الكامل عن العمليات المصرفية الأخرى لذات العميل. وهو لا يعود على البنك بفائدة خاصة: إذ لا يتسنى له أن يدخل الأشياء الموجودة فى الخزانة فى دائرة العمليات المصرفية التى يقوم بها، والايجار

الذى يتقاضاه البنك يبدو ضئيلاً إذا قورن بما يتكلفه بناء الخزائن وصيانتها. إلا أن البنك يهدف من ابرام هذا العقد إلى اجتذاب العملاء.

أما فائدة هذا العقد للعميل فهى واضحة: فهو يضمن له سلامة الأشياء الموجودة فى الخزانة، ويضمن له كذلك سرية حيازته لهذه الأشياء. فيستطيع أن يحفظ فى الخزانة بالمستندات السرية أو الخطابات الخاصة والوصية وسندات الملكية العائلية والمجوهرات والفضيات الثمينة وما إلى ذلك.

٢٥٥- تكوينه واثباته:

ولا يثير عقد ايجار الخزائن فى تكوينه أو إثباته صعوبة ما. ويخضع للقواعد العامة. فهو عقد رضائى ملزم للجانبين. تجارى دائماً بالنسبة للبنك. أما بالنسبة للعميل فيتوقف على ما إذا كان تاجراً وكان العقد تابعاً لتجارته، وعندئذ يكون العقد تجارياً بالنسبة له أيضاً، وإلا فإنه يكون مدنياً.

والعقد له طابع شخصى، إذ يحرص البنك على اختيار عملائه بحيث يتجنب أولئك الذين قد ينجم عن دخولهم إلى قاعة الخزائن أضرار سواء للبنك أو لبقية العملاء. لذا يتحقق من شخصية المتعاقد معه، ويمتنع عادة عن التعاقد مع الذين ليس لهم محل اقامة دائم معروف، أو الذين تحوم حولهم الشبهات. ويتولى البنك وضع شروط العقد وبنوده فيقبلها العميل، ولكن ليس معنى ذلك أنه عقد اذعان.

كذلك لا يثير إثبات العقد صعوبة، وهو يثبت عادة بالكتابة، ويعطى البنك للعميل مفتاح الخزانة، فيكون فى حيازته لهذا المفتاح دليل كاف على انعقاد العقد. كذلك يجوز الإثبات فى مواجهة البنك بكافة الطرق. أما فى مواجهة العميل، فيتوقف الأمر على ما إذا كان العقد بالنسبة له تجارياً أم لا، وكل ذلك وفقاً للقواعد العامة.

٢٥٦- آثار العقد :

٢٥٦-١- التزامات البنك:

١- أهم ما يلتزم به البنك هو اتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة على محتوياتها (م٣١٨/١تجارى)، وحراستها من الأسباب التى قد تؤدى إلى هلاك ما بها أو تلفه كالحريق أو السرقة. والبنك مسئول عن الهلاك أو التلف إلا إذا أثبت أنه كان بسبب أجنبى كالقوة القاهرة، وعليه هو عبء الإثبات، كل ذلك كالقاعدة العامة فى المسئولية التعاقدية التى سبق لنا أن تكلمنا عنها عند كلامنا فى العقود التجارية وعلى الأخص فى عقد النقل. إلا أنه يجدر بنا أن نلاحظ أن الأمر هنا يختلف قليلاً نظراً للواقع الخاص فى عقد ايجار الخزانة. ذلك أن القاعدة العامة تلقى على العميل عبء إثبات الضرر، كالشاحن أو المسافر الذى يجب أن يثبت مقدار ما حاق به أو ببضاعته من ضرر أثناء النقل. هذا الإثبات - إثبات الضرر - شديد اليسر بالنسبة للشاحن أو المسافر لأنه ظاهر أو مبين فى وثيقة النقل. أما بالنسبة لمستأجر الخزانة، فهو إثبات شاق، لأنه يختص وحده بمعرفة ما فى الخزانة، فيكون من العسر عليه أن يثبت، فى حالة الهلاك الكلى أو الجزئى، قيمة ما كان قد أودعه هذه الخزانة فعلاً قبل الهلاك. وقد يكون الأمر سهلاً فى حالة التلف الذى لم يؤد إلى زوال معالمها تماماً، إذ يسهل عندئذ تقدير الضرر، ولكن تقديره يكون صعباً فى حالة الحريق مثلاً أو فى حالة السرقة، وطبيعى أنه يجوز للعميل أن يثبت الضرر بكافة طرق الإثبات كالقرائن والشهادة.

٢- ويلتزم البنك بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالخزانة، وبأ يتخذ ما يجب من الاحتياط حتى يكون هذا الانتفاع خالصاً سرياً. فيعطيه البنك مفتاح الخزانة ويحتفظ بمفتاح آخر مع ملاحظة عدم جواز تسليم نسخة من المفتاح لأى شخص آخر سواهما (م٣١٧/١تجارى). ولا يجوز له أن يأذن لغير المستأجر أو وكيله الخاص فى استعمال الخزانة (م٣١٧/٢تجارى)، وعليه أن

يتثبت من شخصيته بدقة قبل السماح له بدخول صالة الخزائن. ويضع البنك عادة لائحة خاصة بالإجراءات التي تتبع للدخول إلى الخزانة، فيحدد مواعيد عينة لكل عميل حتى يضمن سرية الاطلاع المنفرد على ما بداخلها ويوقع العميل عند كل زيارة في دفتر الزيارات Carnet de visites.

ولا يجوز للبنك استعمال المفتاح الذى يحتفظ به إلا فى حالات الضرورة القصوى وبضوابط معينة. ولقد أشارات إلى هذه الحالات الفقرة الثالثة من المادة ٣١٨ تجارى فذكرت منها صيرورة الخزانة مهددة بخطر أو كونها تحتوى على أشياء خطرة. ووضعت ضوابط معينة لمواجهة هذه الحالات، وتتلخص هذه الضوابط فى:

أ – ضرورة اخطار العميل فوراً، عند توفر إحدى هذه الحالات، بالحضور لافراغ الخزانة أو لسحب الأشياء الخطرة منها.

ب – فإذا لم يحضر العمل فى الميعاد المعين، جاز للبنك أن يطلب من القاضى المختص اصدار أمر على عريضة بالإذن له فى فتح الخزانة وافرغها أو سحب الأشياء الخطرة منها وذلك بحضور من يعينه القاضي لذلك. ويحرر محضر بالواقعة تذكر فيه محتويات الخزانة.

جـ – فإذا كان الخطر حالاً، كان للبنك، وعلى مسئوليته، فتح الخزانة وافراغها من محتوياتها أو سحب الأشياء الخطرة منها دون اخطار أو إذن من القاضى.

٢٥٦-٢- حقوق البنك:

للبنك حق فى الحصول على الأجرة المتفق عليها، وتختلف هذه الأجرة بحسب حجم الخزانة ومدة الايجار.

وإذا لم يدفع العميل المستأجر الأجرة فى مواعيد استحقاقها، جاز للبنك بعد انقضاء ثلاثين يوماً من اخطاره بالدفع أن يعتبر العقد منتهياً من تلقاء نفسه ويسترد البنك الخزانة بعد اخطار المستأجر بالحضور لفتحها وافراغ محتوياتها.

فإذا لم يحضر فى الميعاد المحدد، فللبنك أن يطلب من القاضى المختص استدار أمر على ع ريضة بالاذن له فى فتح الخزانة وافراغ محتوياتها (م٣١١ تجارى)، وللبنك فضلاً عن ذلك حق حبس محتويات الخزانة. وله حق امتياز على الثمن الناتج من بيعها لاستيفاء الأجرة والمصاريف المستحقة له (م٣٢٠ تجارى).

٢٥٦-٣- التزامات العميل:

عليه أن يدفع الأجر المتفق عليه فى المواعيد التى حددها العقد، وأن يحتفظ بمفتاح الخزانة ويرده عند انقضاء أجل العقد لكون هذا المفتاح مملوكاً للبنك (م٢/٣١٧ تجارى)، وهو مسئول عن فقد هذا المفتاح أو تلفه. وفى حالة فقده، عليه أن يسرع باخطار البنك حتى يمنع أى محاولة من حائز المفتاح للدخول إلى صالة الخزائن.

ويلتزم العميل أن يحترم لائحة صالة الخزائن ومواعيد الزيارة، وأن لا يضع فى الخزانة شيئاً من شأنه أن يهدد سلامتها أو سلامة المكان الذى توجد به (م٢/٣١٨ تجارى).

٢٥٧- الطبيعة القانونية لعقد ايجار الخزائن:

أثار تكييف طبيعة عقد ايجار الخزائن جدلاً كبيراً بين الفقهاء. هل هو عقد وديعة أم هو عقد ايجار؟ ولهذا الجدل أهمية عملية كبيرة لاختلاف أحكام الوديعة عن الايجار.

ومثار الغموض هو أن هذا العقد يجمع جمعاً فريداً بين مميزات كل من العقدين وصفاته. فالعميل يقصد الوديعة ما فى ذلك ريب، إذ أنه يهدف إلى حفظ وصيانة الأشياء التى يودعها الخزانة ويطلب من البنك أن يقوم بحراسة الخزانة وحفظها من الهلاك أو التلف. والتزام البنك بحراسة الخزانة وحفظها هو بلا جدال أهم التزامات البنك فى نظر العميل. وأخيراً فإن العميل لا يمكنه أن يصل إلى الأشياء الموجودة فى الخزانة إلا بواسطة البنك، وكل ذلك يجعل العقد قريباً من عقد الوديعة.

ولكن، من ناحية أخرى، نجد أن للعميل نوعاً من الحيازة الخاصة للأشياء التى يضعها بنفسه فى الخزانة. فهو وحده الذى يعلم مقدار وبيان هذه الأشياء. بل يستطيع أن يترك الخزانة فارغة دون أن يؤثر ذلك فى صحة عقد ايجار الخزانة، وهو الذى يحمل مفتاح الخزانة ويحتفظ بحق فتحها وتغيير محتوياتها كما يتراءى له دون أن يعلم البنك عن ذلك شيئاً، وذلك كله فى عقد الايجار لا فى عقد الوديعة.

ومعرفة ما إذا كان ايجار الخزانة أقرب إلى الوديعة أو هو أقرب إلى الايجار، ذلك أيضاً موضع خلاف بين الفقهاء وبين أحكام القضاء. ويذهب البعض إلى القول بأنه عقد ذو طبيعة خاصة يسميه عقد الحراسة Contrat de garde. ولكن مثل هذا الرأى لا يحل الاشكال القائم، إذ يبقى بيان الآثار الخاصة التى يمكن أن تترتب على هذا العقد الجديد.

والواقع أن فى هذا العقد نوعاً من الحيازة المشتركة لا تتوفر فى عقد الوديعة حيث تكون الحيازة للمودع لديه وحده، ولا فى عقد الايجار حيث تكون الحيازة للمستأجر وحده. ففى عقد ايجار الخزانة، يحوز البنك الخزانة، ويحوز العميل ما بداخلها. فلو أن الخزانة ذاتها كانت ملكاً للعميل، لما كان هناك شك فى أن العقد يكون وديعة، تماماً كمن يودع حقيقة مغلقة لدى شخص آخر لا يعلم ما بداخل الحقيقة. فملكية البنك للخزانة هى التى تمنع القول بأن العقد عقد وديعة.

وواضح أن هذا العقد أميل إلى عقد الوديعة، فجوهر ما فيه هو فكرة الحفظ والصيانة لا فكرة الاستئجار، وبقاء الخزانة فى حيازة البنك أمر جوهرى أساسى فى العقد بالنسبة للطرفين معاً. إذ من المؤكد أن العميل لا يستأجر الخزانة لمجرد ملء ما بداخلها من فراغ بأشيائه الخاصة، كما يفعل مستأجر المسكن مثلاً، وإنما لوجود هذه الخزانة فى حفظ البنك وحراسته. وتقدير العميل للخزانة مرتبط بتقديره لما يوفره البنك من أمن وطمأنينة. ولو أن العقد كان ايجاراً لكان من الممكن أن ينزع البنك الخزانة من صالة الخزائن فيعطها للعميل قائلاً له: «انتفع كيف شئت بها طبقاً لعقد الايجار، ثم ردها إلى عند انتهاء العقد» وهو أمر غير متصور، لأنه يهدر هدف العقد وجوهره.

ومع ذلك، فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية يأخذ بالتكييف المخالف فيرى أن هذا العقد ايجار، وقد كان منطق هذا القضاء يقتضى أن تطبق المحكمة قواعد عقد الايجار. إلا أنها، بالرغم من ذلك، لم تفعل. بل إن قضاءها قد استقر - وهذا هو الغريب فى الأمر - على تطبيق أهم آثار عقد الوديعة، وهو الأثر ا لخاص بالتزام المودع لديه بالحفظ ومسئوليته عن الشئ المودع. فمحكمة النقض الفرنسية تعتبر التزام البنك بالحفظ التزاماً بنتيجة، فلا تعفيه من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى كالقوة القاهرة، شأنه فى ذلك شأن المودع لديه فى عقد الوديعة المأجورة.

ولاشك فى رأينا أن تطبيق أحكام الوديعة على التزام البنك بالحفظ أمر سليم، ولكن المنتقد هو اصرار محكمة النقض الفرنسية على تكييف العقد رغم ذلك بأنه ايجار.

٢٥٨- الحجز علي محتويات الخزانة تحت يد البنك:

هل من حق دائن العميل أن يحجز على خزانته؟ وكيف يكون هذا الحجز؟ الأمر يتوقف على التكييف الذى نصف به العقد. فلو أننا اعتبرناه ايجاراً لقلنا أن الحجز لا يكون إلا حجزاً تنفيذياً، لا حجز ما للمدين لدى الغير، ولكن الحجز التنفيذى لا جدوى منه فى حالة الخزانة، إذ أنه يبدأ بالاعلان. واعلان العميل المدين يكون بمثابة اخطار له بضرورة الاسراع بتفريغ محتويات الخزانة وتهريبها بعيداً عن أيدى الدائن الحاجز، أما إذا اعتبرنا العقد وديعة، فإن الحجز هنا يكون حجز ما للمدين لدى الغير، فيعلن إلى البنك الذى يجب عليه منذ الاعلان أن يمتنع عن السماح للعميل بالدخول إلى صالة الخزائن حتى يفصل القضاء فى صحة الحجز.

وهناك أحكام قضائية ترجح ما للمدين لدى الغير، ولكن غالبيتها ترى عدم جواز هذا الحجز.

والواقع أن عناصر الترجيح بين الأمرين تخرج عن نطاق التكييف القانونى إلى نطاق الاعتبارات العملية. من بين هذه الاعتبارات أن البنك لا يستطيع أن يقر بما فى ذمته، كما تقضى قواعد هذا الحجز، إذ هو لا يعلم أصلاً

بمحتويات الخزانة. ولكن هذا الاعتبار ما كان ليقف وحده فى طريق الحجز إذ يمكن أن يطلب الحاجز من البنك مجرد منع العميل من الدخول إلى صالة الخزائن – وهو أمر يستطيعه البنك – ثم مباشرة اجراءات الحجز التنفيذى بعد أن يضمن عدم استطاعة قيام العميل بتهريب محتوياتها.

ولكن الاعتبار العملى الهام هو أن البنوك ذاتها لا تميل إلى مثل هذا الحجز وتعتبره – بحق – متعارضاً مع أهم مزايا الخدمة التى تقدمها لعملائها فى هذا العقد بالذات، والتى تجتذب بها العملاء: ألا وهى ضمان سرية المحتويات. فالأمر الذى لا جدال فيه أن مجرد شعور العميل بامكان الحجز على حزانته، مما يؤدى حتماً إلى افشاء ما أراده سراً خاصاً، يجعل اهتمامه بهذا العقد يتضاءل.

ويؤيد القضاء، فى عدم أخذه بحجز ما للمدين لدى الغير، بعض الفقهاء بينما ينتقده البعض الآخر.

تم بحمد الله وفضله ،،،